



Open Access Repository
www.ssoar.info

Kann durch Landesrecht ein Mindestabstand zwischen Windkraftanlagen und Wohngebäuden festgesetzt werden?

Lechleitner, Marc; Bohm, Rolfdieter

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Lechleitner, M., & Bohm, R. (2016). *Kann durch Landesrecht ein Mindestabstand zwischen Windkraftanlagen und Wohngebäuden festgesetzt werden?* (Wahlperiode Brandenburg, 6/21). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50871-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Kann durch Landesrecht ein Mindestabstand zwischen Windkraftanlagen und Wohngebäuden festgesetzt werden?

Bearbeiter: Marc Lechleitner, Rolfdieter Bohm

Datum: 29. Februar 2016

Die Ausarbeitungen des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A.	Auftrag.....	4
B.	Stellungnahme	4
I.	Derzeit geltender Rechtsrahmen	4
1.	Genehmigungsbedürftigkeit der Errichtung und des Betriebs von Windkraftanlagen.....	4
2.	Abstände und Abstandsflächen.....	5
a)	Regelungen des BImSchG.....	6
b)	Regelungen des BauGB	8
aa)	Privilegierte Vorhaben nach §§ 35 und 249 Abs. 3 BauGB.....	8
bb)	Entgegenstehende öffentliche Belange	10
(1)	Schädliche Umwelteinwirkungen und optisch bedrängende Wirkung.....	10
(2)	Ziele der Raumordnung	14
c)	Regelungen der Brandenburgischen Bauordnung	15
aa)	Abstandsflächen	15
bb)	Brandschutz/Eiswurf	16
II.	Regelungsmöglichkeiten im Bereich des Bauordnungsrechts	17
1.	Abgrenzung zu den Regelungen des BImSchG	17
2.	Abgrenzung zu den Regelungen des BauGB.....	18
a)	Unterscheidung zwischen Bodenrecht und Bauordnungsrecht.....	18
b)	Schutz vor optisch bedrängender Wirkung als Regelungsziel des Bauordnungsrechts?	19
c)	Andere Regelungsziele des bauordnungsrechtlichen Abstands(flächen)rechts	23
III.	Regelungsmöglichkeiten im Bereich des Raumordnungsrechts	23
1.	Maßgebliche Rechtsgrundlagen und Regelungszuständigkeiten	24
a)	Raumordnungsgesetz des Bundes	24
aa)	Wesentliche Regelungen für Standorte von Windkraftanlagen.....	24
bb)	Regelungszuständigkeiten.....	26
b)	Raumordnungsrecht des Landes	27
aa)	Landesplanungsvertrag	27
bb)	Landesentwicklungsprogramm	27

cc)	Landesentwicklungspläne.....	28
dd)	Gesetz zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung.....	29
ee)	Regelungszuständigkeiten.....	30
2.	Mögliche Ansätze zur raumordnerischen Festsetzung eines Mindestabstands	32
a)	Gesetzliche Regelungen	32
(1)	Notwendigkeit eines Vertragsänderungsverfahrens	32
(2)	Widerspruch zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG	33
(3)	Verfassungsrechtliche Grenzen einer Planung durch Gesetz.....	34
b)	Regelung in einem Landesentwicklungsplan	36
IV.	Zusammenfassung	40
Anlage:	Sonderregeln für Windkraftanlagen im Abstandsflächenrecht der Landesbauordnungen	42

A. Auftrag

Der Parlamentarische Beratungsdienst wurde gebeten, gutachterlich zu untersuchen, welche Möglichkeiten bestehen, durch Landesrecht einen Mindestabstand zwischen Wohngebäuden und Windkraftanlagen verbindlich und rechtssicher festzusetzen.

B. Stellungnahme

Zur Bearbeitung des Gutachtauftrags wird zunächst der derzeit geltende Rechtsrahmen dargelegt (I.). Sodann wird erörtert, welche Regelungsmöglichkeiten des Landes auf dem Gebiet des Bauordnungsrechts bestehen (II.). Im Folgenden wird zu den raumordnungsrechtlichen Regelungsmöglichkeiten Stellung genommen (III.). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse schließt die Untersuchung ab (IV.).

I. Derzeit geltender Rechtsrahmen

Die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen sind in aller Regel genehmigungspflichtig (1.). Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist auch zu prüfen, ob die Vorgaben zu Abständen und Abstandsflächen eingehalten werden (2.).

1. Genehmigungsbedürftigkeit der Errichtung und des Betriebs von Windkraftanlagen

Die Genehmigungspflicht für die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen ergibt sich aus § 4 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) in Verbindung mit der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV). Nach Ziffer 1.6 des Anhangs 1 dieser Verordnung sind Anlagen zur Nutzung von Windenergie mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern genehmigungsbedürftig.¹ Damit bedürfen die meisten heute neu errichteten Windkraftanlagen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.² Bei Anla-

¹ Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 der 4. BImSchV entfällt eine Genehmigungspflicht, soweit den Umständen nach zu erwarten ist, dass die Anlage nicht länger als 12 Monate nach Inbetriebnahme an demselben Ort betrieben wird. Handelt es sich um weniger als 20 Anlagen, findet gemäß Ziff. 1.6.2 ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren (ohne Öffentlichkeitsbeteiligung) nach § 19 BImSchG statt.

² So schon *Fest*, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2010, S. 71 f.

gen mit einer geringeren Gesamthöhe ist eine Baugenehmigung nach der Brandenburgischen Bauordnung (BbgBO) erforderlich.³

Nach § 6 Abs. 1 BImSchG wird im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren nicht nur geprüft, ob die Vorgaben für schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Einwirkungen (insbesondere aufgrund der § 5 Abs. 1 und § 7 BImSchG) eingehalten sind, sondern es erfolgt eine Prüfung aller für die Errichtung und den Betrieb der Windkraftanlage geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften, beispielsweise des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts. Die zuständige Genehmigungsbehörde⁴ hat gemäß § 10 Abs. 5 Satz 1 BImSchG die Stellungnahmen derjenigen Behörden einzuholen, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird (also beispielsweise der zuständigen Bauaufsichtsbehörde). Stehen keine Vorschriften entgegen, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung. Gemäß § 13 BImSchG schließt die Genehmigung andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen, insbesondere andere Genehmigungen, ein (Konzentrationswirkung). Ist also für eine Windkraftanlage eine Genehmigung nach dem BImSchG erteilt worden, bedarf es nicht noch zusätzlich einer Baugenehmigung.⁵

2. Abstände und Abstandsflächen

Für Windkraftanlagen besteht eine ganze Reihe von Vorgaben für Abstände zu anderen Anlagen oder Bodennutzungen, etwa im Hinblick auf das Naturschutz-, Wasser-, Straßen- oder das Luftverkehrsrecht.⁶ Im Folgenden wird ausschließlich auf Regelungen eingegangen, die (zumindest auch) Abstände zur Wohnbebauung betreffen.

³ Der Gesetzentwurf für eine novellierte Bauordnung (LT-Drs. 6/3268) sieht in § 61 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c eine Genehmigungsfreiheit für Windenergieanlagen bis zu 10 Metern Höhe (gemessen von der Geländeoberfläche bis zum höchsten Punkt der vom Rotor bestrichenen Fläche) und einem Rotordurchmesser bis zu 3 Metern außer in reinen Wohngebieten vor.

⁴ In Brandenburg ist dies gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zur Regelung der Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes (Verordnung vom 31. März 2008, GVBl. II, S.122, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Januar 2016, GVBl. I, Nr. 5) das Landesumweltamt.

⁵ Gilt das BImSchG nicht, weil die Anlage nicht mehr als 50 Meter hoch ist, so sind im Baugenehmigungsverfahren ebenfalls alle für das Vorhaben beachtlichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen (§ 56 BbgBO), beispielsweise die Einhaltung der Pflichten für Betreiber nicht genehmigungspflichtiger Anlagen nach §§ 22 ff. BImSchG.

⁶ Siehe hierzu im Einzelnen Ziffer 8 des Windenergie-Erlasses NRW (MBI. NRW. 2011, S. 321).

a) Regelungen des BImSchG

Das Bundes-Immissionsschutzgesetz selbst enthält keine Bestimmungen, die konkrete Abstände zwischen (Windkraft-)Anlagen und Wohngebäuden vorgeben. Ausgehend vom Zweck des Gesetzes, dem Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen, werden vielmehr gem. § 48 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG durch Verwaltungsvorschriften Immissionswerte vorgegeben, die nicht überschritten werden dürfen. Auf dieser Grundlage gilt für Windkraftanlagen die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm),⁷ die Geräuschimmissionsrichtwerte je nach Gebietscharakter (zum Beispiel Industriegebiet, Gewerbegebiet, reines Wohngebiet) und differenziert nach Tag- und Nachtwerten regelt. Zu sich daraus ergebenden Abständen zur Wohnbebauung heißt es beispielhaft im bayerischen Windenergie-Erlass:⁸

„Rechtlich verbindliche Mindestabstände kennt das Immissionsschutzrecht nicht. Solche Abstände können aber bei der Frage des behördlichen Prüfungsumfangs eine Rolle spielen. Wird ein Mindestabstand von 1.000 m zur Wohnbebauung in allgemeinen Wohngebieten eingehalten, ist die Einholung von Lärmgutachten nicht erforderlich. Wird ein Mindestabstand von 800 m zur Wohnbebauung in allgemeinen Wohngebieten eingehalten, kann der Antragsteller den Genehmigungsbehörden Datenblätter wie z. B. eine Herstellerbescheinigung, in denen das Geräuschverhalten der Anlage in allen regulären Betriebszuständen mindestens bis zum Erreichen der Nennleistung belegt ist oder eine nachvollziehbare Immissionsprognose vorlegen. Werden diese Abstände unterschritten, ist im Regelfall vom Antragsteller ein Lärmgutachten vorzulegen.“

Neben Geräuschimmissionen sind andere Umwelteinwirkungen, die von Windkraftanlagen ausgehen können, ebenfalls nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz zu beurteilen. Nach § 3 Abs. 2 BImSchG sind Immissionen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzge-

⁷ Verwaltungsvorschrift vom 26. Aug. 1998, GMBI Nr. 26/1998, S. 503; zur Geltung der TA Lärm für Windkraftanlagen siehe BVerwG, Urt. vom 29. Aug. 2007, Az. 4 C 2/07, und *Fest* (Fn. 2), S. 134 f. m.w.N.

⁸ Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen vom 20. Dez. 2011, hier abrufbar: http://www.stmwi.bayern.de/fileadmin/user_upload/stmwivt/Publikationen/Windenergie-Erlass.pdf. Zur Rechtsnatur und Zulässigkeit solcher Windenergie-Erlasse und zu Beispielen in anderen Ländern siehe das Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 13. Juli 2009, Mindestabstandsregelungen zur Wohnbebauung in so genannten Windkrafterlassen (Bearb. *Platter*); siehe auch die aktuelle Übersicht zu Abstandsempfehlungen der Länder bei *Schmidt-Eichstaedt*, Wem gehört der Wind? – Zur Länderöffnungsklausel im Baugesetzbuch, BauR 2016, S. 37, 40 ff.

setzes alle auf Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter einwirkende Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen und ähnliche Umwelteinwirkungen. Zu nennen sind hier insbesondere⁹ Lichtreflexe, die von den Rotorblättern abgestrahlt werden können (so genannter Discoeffekt),¹⁰ der schnelle Wechsel von Licht und Schatten, der durch den Schattenwurf der drehenden Rotorblätter verursacht wird,¹¹ oder der Infraschall¹². Für diese Phänomene gilt die allgemeine Regel des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, dass Anlagen so zu errichten und zu betreiben sind, dass schädliche Umwelteinwirkungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Ob dies der Fall ist, ist durch die zuständige Genehmigungsbehörde, ggf. unter Hinzuziehung von Sachverständigen, festzustellen. Betroffene Nachbarn, die sich durch die Umwelteinwirkungen beeinträchtigt fühlen, können die Genehmigung im Wege einer Anfechtungsklage verwaltungsgerichtlich überprüfen lassen. Maßgeblich ist auch hier nicht, dass ein bestimmter Abstand eingehalten wird, sondern dass die Einwirkungen nicht schädlich sind. So kann etwa der Discoeffekt durch eine matte Beschichtung der Rotorblätter verhindert werden.¹³ Ein Schattenwurf kann gegebenenfalls durch eine automatische Abschaltung zu den Tageszeiten, in denen die Sonne so steht, dass Gebäude beschattet werden, gemildert werden.¹⁴ Im Hinblick auf den Infraschall geht die Rechtsprechung davon aus, dass nach derzeitigem Stand der Wissenschaft Windkraftanlagen beim Menschen keine schädlichen Infraschallwirkungen hervorrufen.¹⁵ Der bayerische Windenergie-Erlass¹⁶ geht unter Ziffer 8.2.8 davon aus, dass bei den üblichen Abständen von Windkraftanlagen zur Wohnbebauung (mehr als 500 Meter) die Schwelle zur schädlichen Umwelteinwirkung durch Infraschall nicht erreicht wird.

⁹ Der Eiswurf ist keine Immission im Sinne des BImSchG, vgl. OVG Koblenz, Urt. vom 12. Mai 2011, Az. 1 A 11186/08, juris, Rn. 50; vgl. dazu unter B. I. 2. c bb.

¹⁰ Fest (Fn. 2), S. 128; zum sog. „nächtlichen Diskoeffekt“, der roten Nachtkennzeichnung von Windkraftanlagen, siehe Müller, in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2015, S. 30.

¹¹ Ausführlich dazu Fest (Fn. 2), S. 129 ff.

¹² Fest (Fn. 2), S. 144.

¹³ Müller (Fn. 10), S. 29.

¹⁴ Fest (Fn. 2), S. 131 f. mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁵ Zuletzt ausführlich VG Bayreuth, Urt. vom 24. Nov. 2015, Az B 2 K 15.77, juris; für Brandenburg OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 22. März 2012, Az. OVG 11 N 50.10, juris.

¹⁶ Siehe Fn. 8.

Neben schädlichen Umwelteinwirkungen dürfen gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG von genehmigungsbedürftigen Anlagen auch keine sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteile und erheblichen Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft hervorgerufen werden. Nach dem Wortlaut erfasst diese Vorschrift alle anderen Gefahrenquellen. Bei diesem Verständnis würde § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, wonach bei der Genehmigungserteilung auch alle anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Belange zu prüfen sind, wenig Sinn ergeben und die Verordnungsermächtigung des § 7 BImSchG hätte einen sehr weiten Anwendungsbereich. Daher werden Beeinträchtigungen nichtphysischer Art nicht umfasst.¹⁷ Insbesondere etwaige sogenannte optisch bedrängende Wirkungen von Windkraftanlagen werden daher nicht nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, sondern nach dem Baugesetzbuch beurteilt (dazu näher sogleich unter B. I. 2. b bb (1)).¹⁸

b) Regelungen des BauGB

Die bauplanungsrechtliche (städtebauliche) Zulässigkeit der Errichtung von Windkraftanlagen, die gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG Voraussetzung für die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist, bemisst sich nach §§ 29 ff. Baugesetzbuch (BauGB). Sofern kein qualifizierter Bebauungsplan vorhanden ist, sind solche Vorhaben im Regelfall nach § 35 BauGB zu beurteilen, der die Zulässigkeit des Bauens im Außenbereich regelt, da Windkraftanlagen typischerweise außerhalb von im Zusammenhang bebauten Ortsteilen (Innenbereich) errichtet werden.

aa) Privilegierte Vorhaben nach §§ 35 und 249 Abs. 3 BauGB

Im Außenbereich sind nach § 35 BauGB grundsätzlich nur bestimmte Vorhaben zulässig (sogenannte privilegierte Vorhaben). Dazu gehören gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auch Anlagen zur Nutzung der Windenergie.

Bei dieser Privilegierung setzt die befristete Ermächtigung an die Länder in § 249 Abs. 3 BauGB an. Nach dieser Vorschrift konnten die Länder bis zum 31. Dezember 2015 bestimmen, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für Windkraftanlagen nur Anwendung findet, wenn die Anlagen einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zu-

¹⁷ Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 5 Rn.

¹⁸ Vgl. OVG Koblenz, Urt. vom 12. Juni 2003, Az. 1 A 11127/02, juris, Rn. 31: „Dabei ist zu beachten, dass diese optisch bedrängende Wirkung nicht auf stofflichen Einwirkungen durch die Anlage im Sinne von Immissionen, sondern auf psychischen Belastungen durch die Größe der Anlage und die Drehbewegung ihres Rotors beruht.“

lässigen baulichen Nutzungen einhalten. Von dieser Ermächtigung hat, soweit ersichtlich, lediglich Bayern Gebrauch gemacht.¹⁹ Im neugefassten Art. 82 der Bayerischen Bauordnung (BayBO)²⁰ ist insbesondere vorgesehen, dass die Privilegierung für Windkraftanlagen im Außenbereich nur gilt, wenn die Anlagen einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe (10 H) zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen oder im Innenbereich (sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind) einhalten. Auch wenn hier ein bestimmter Abstand zwischen Windkraftanlagen und Wohnbebauung geregelt ist, enthält Art. 82 BayBO keine verbindliche Abstandsregelung. Denn der Wegfall der Außenbereichsprivilegierung bei Unterschreiten des Mindestabstands führt nicht zur bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit solcher Vorhaben. Zum einen können sie nach § 35 Abs. 2 BauGB zugelassen werden, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden. Zum anderen haben die Gemeinden die Möglichkeit, qualifizierte Bebauungspläne (beispielsweise in Form eines Vorhaben- und Erschließungsplanes gemäß § 12 BauGB) zu erlassen, die geringere Abstände ermöglichen. Im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplans richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben nicht nach § 35 BauGB, sondern nach § 30 Abs. 1 und 2 BauGB.²¹ Da Brandenburg von der Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat und die Frist abgelaufen ist, bestehen hier diese Regelungsmöglichkeiten nicht mehr, unabhängig davon, ob und in welchem Umfang diese Ermächtigung bzw. eine Regelung wie Art. 82 BayBO überhaupt zulässig sind.²²

In Brandenburg stellt die Errichtung von Windkraftanlagen demzufolge ein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB dar.

¹⁹ Siehe hierzu den Gesetzentwurf der Staatsregierung, LT-Drs. 17/217.

²⁰ Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Aug. 2007 (GVBl S. 588), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Juli 2015 (GVBl S. 296).

²¹ Siehe auch Art. 82 Abs. 5 Satz 1 BayBO: Bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben nach Abs. 1 einen geringeren als den dort beschriebenen Mindestabstand festsetzen wollen, ist im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken

²² Dazu *Schmidt-Eichstaedt* (Fn. 8), S. 45 f.; *Albrecht/Zschiegner*, Landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB auf dem rechtlichen Prüfstand, NVwZ 2015, S. 1093 ff.; *Grünwald*, (Verfassungs)Rechtsprobleme der bayerischen Ausführungsregeln zu § 249 Abs. 3 BauGB, DVBl 2015, S. 1353 ff. m.w.N. und dem Hinweis zu bereits beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof anhängigen Verfahren zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Art. 82 BayBO. Das VG München (Urteil vom 11. Aug. 2015, Az. M 1 K 14.4850, juris) hat Art. 82 BayBO in einer Entscheidung bereits angewandt, ohne die Verfassungsmäßigkeit in Frage zu stellen.

bb) Entgegenstehende öffentliche Belange

Windkraftanlagen dürfen gem. § 35 BauGB im Außenbereich gebaut werden, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen (und die Erschließung gesichert ist).

(1) Schädliche Umwelteinwirkungen und optisch bedrängende Wirkung

§ 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB listet (nicht abschließend) Fälle auf, in denen eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange gegeben ist. Die Beeinträchtigung öffentlicher Belange führt bei privilegierten Vorhaben – anders als bei nichtprivilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB – nicht ohne weiteres zur Unzulässigkeit des Vorhabens. Vielmehr müssen die beeinträchtigten Belange dem Vorhaben „entgegenstehen“. Erforderlich ist also eine Abwägung zwischen den betroffenen öffentlichen Belangen und dem Vorhaben, wobei zu dessen Gunsten die Privilegierung zu berücksichtigen ist.²³

Für Windkraftanlagen ist insbesondere § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB relevant. Danach liegt eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange vor, wenn das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann. Der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen ist in § 3 Abs. 1 BImSchG definiert, sodass insoweit die immissionsschutzrechtlichen Regelungen anzuwenden sind.²⁴

Einen weiteren nicht ausdrücklich normierten öffentlichen Belang stellt nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung das städtebauliche Gebot der Rücksichtnahme dar.²⁵ Hierauf ist zurückzugreifen, wenn von dem Vorhaben Wirkungen ausgehen, die vom Bundes-Immissionsschutzgesetz nicht umfasst sind.²⁶ Für Windkraftanlagen ist dies von der Rechtsprechung für die sogenannte optisch bedrängende Wirkung anerkannt. Das Bundesverwaltungsgericht²⁷ führt hierzu aus:

„Nach seinem objektivrechtlichen Gehalt schützt das Gebot der Rücksichtnahme die Nachbarschaft vor unzumutbaren Einwirkungen, die von einem Vorhaben ausgehen ... Eine besondere gesetzliche Ausformung hat es in § 35 Abs. 3 Satz 1

²³ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 35 Rn. 68.

²⁴ Mitschang/Reidt (Fn. 23), § 35 Rn. 78.

²⁵ Mitschang/Reidt (Fn. 23), § 35 Rn. 79 ff.

²⁶ Mitschang/Reidt (Fn. 23), § 35 Rn. 80.

²⁷ BVerwG, Beschl. vom 11. Dez. 2006 – 4 B 72/06, juris, Rn. 4 ff.

Nr. 3 BauGB mit dem Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen gefunden. Es betrifft jedoch auch Fälle, in denen sonstige nachteilige Wirkungen in Rede stehen ... Dazu zählt die Rechtsprechung 'optisch bedrängende' Wirkungen, die von einem Bauvorhaben auf bewohnte Nachbargrundstücke ausgehen ... Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist für die Frage der optisch bedrängenden Wirkung einer Windenergieanlage nicht die Baumasse ihres Turms, sondern die in der Höhe wahrzunehmende Drehbewegung des Rotors von entscheidender Bedeutung. Zum einen lenke der Rotor durch die Bewegung den Blick auf sich und schaffe eine Art 'Unruheelement'. Ein bewegtes Objekt erzeuge die Aufmerksamkeit in höherem Maße als ein statisches; eine Bewegung werde selbst dann noch registriert, wenn sie sich nicht direkt in der Blickrichtung des Betroffenen, sondern seitwärts von dieser befinde. Eine nur durch Phasen relativer Windstille unterbrochene ständige, nach Windstärke in der Umdrehungsgeschwindigkeit differierende Bewegung im Blickfeld oder am Rande des Blickfeldes könne schon nach kurzer Zeit, erst recht auf Dauer unerträglich werden. Ein sich bewegendes Objekt ziehe den Blick nahezu zwangsläufig auf sich. Es könne Irritationen hervorrufen und die Konzentration auf andere Tätigkeiten wegen der steten, kaum vermeidbaren Ablenkung erschweren. Zum anderen vergrößere die Drehbewegung des Rotors die Windenergieanlage in ihren optischen Dimensionen deutlich und bestimme sie. Die Fläche, die der Rotor überstreiche, habe in der Regel gebäudegleiche Abmessungen. Die optischen Auswirkungen einer Windenergieanlage seien umso größer, je höher die Anlage sei und je höher deshalb der Rotor angebracht sei. Das Berufungsgericht durfte die von ihm geschilderten Auswirkungen der Drehbewegungen der Rotoren als Nachteil und für den Fall der Unzumutbarkeit als Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot werten.“

Welche Folgen sich hieraus für den Abstand zwischen Wohnbebauung und Windkraftanlagen ergeben können, hat unter anderem das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen²⁸ näher konkretisiert:

„Welche Anforderungen das Gebot der Rücksichtnahme begründet, hängt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung desjenigen ist,

²⁸ OVG NRW, Urt. vom 9. Aug. 2006, Az. 8 A 3726/05, juris.

dem die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugute kommt, um so mehr kann er an Rücksichtnahme verlangen. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, um so weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalles wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist. ... Die Einzelfallabwägung, ob eine solche Anlage bedrängend auf die Umgebung wirkt, hat sich daher in einem ersten Schritt an der Höhe der Anlage zu orientieren. Eine starre – nach Metern bemessene – Abstandsregelung kann dem allerdings nicht hinreichend Rechnung tragen, da die Gesamthöhe moderner Windkraftanlagen sehr unterschiedlich ist. Von sehr hohen Anlagen geht naturgemäß eine andere optische Einwirkung aus als von Anlagen, die eine deutlich geringere Höhe aufweisen. Eine starre Abstandsregelung würde überdies der nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB gebotenen Berücksichtigung aller Einzelfallumstände nicht gerecht. Bei der Einzelfallbewertung ist deshalb ferner auf den Rotordurchmesser abzustellen. Je größer der Rotordurchmesser und damit auch die durch die Drehbewegung der Rotorblätter abgedeckte Fläche ist, desto größer ist auch die von der Anlage ausgehende optische Einwirkung. Darüber hinaus sind die örtlichen Verhältnisse in die Einzelfallbewertung einzustellen. So ist u.a. die Lage bestimmter Räumlichkeiten und deren Fenster sowie von Terrassen u.ä. zur Windkraftanlage von Bedeutung ... In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch zu berücksichtigen, ob von dem Wohngrundstück aus eine hinreichende Abschirmung zur Anlage besteht oder in zumutbarer Weise hergestellt werden kann. Relevant ist im Weiteren der Blickwinkel auf die Anlage, da es für die Erheblichkeit der optischen Beeinträchtigung einen Unterschied macht, ob die Anlage in der Hauptblickrichtung eines Wohnhauses liegt oder sich seitwärts von dieser befindet. Auch die Hauptwindrichtung kann von Bedeutung sein. Denn von der mit der Windrichtung wechselnden Stellung des Rotors hängt es ab, wie häufig in welcher Größe die vom Rotor bestrichene Fläche von einem Wohnhaus aus wahrgenommen wird. Von Belang kann im Weiteren die topographische Situation sein. So kann etwa von einer auf einem Hügel gelegenen Windkraftanlage eine andere Wirkung als von einer auf tiefer liegendem Gelände errichteten Anlage ausgehen. Auch können Waldgebiete oder Gebäude einen zumindest partiellen Sichtschutz bieten. Einfluss auf das Maß der optischen Beein-

trächtigung können auch schon vorhandene Windkraftanlagen haben. Denn einer Einzelanlage kann in diesem Zusammenhang je nach der Situation im Einzelfall ein stärkeres Gewicht zukommen als einer Anlage, die sich in eine schon vorhandene (optische) Vorbelastung einfügt und deshalb keine besondere zusätzliche Belastung für die Wohnnutzung darstellt. Je nach Fallkonstellation kann aber auch erst die hinzutretende Anlage in der Zusammenschau mit den bereits vorhandenen Anlagen zu einer unzumutbaren optisch bedrängenden Wirkung führen. Auch die planungsrechtliche Lage des Wohnhauses ist zu berücksichtigen. Wer im Außenbereich wohnt, muss grundsätzlich mit der Errichtung von in diesem Bereich privilegierten Windkraftanlagen - auch mehrerer - und ihren optischen Auswirkungen rechnen ... Der Schutzanspruch entfällt zwar nicht im Außenbereich, jedoch vermindert er sich dahin, dass dem Betroffenen eher Maßnahmen zumutbar sind, durch die er den Wirkungen der Windkraftanlage ausweicht oder sich vor ihnen schützt ...

Unter Berücksichtigung insbesondere der vorstehenden Kriterien lassen sich für die Ergebnisse der Einzelfallprüfungen grobe Anhaltswerte prognostizieren: Beträgt der Abstand zwischen einem Wohnhaus und einer Windkraftanlage mindestens das Dreifache der Gesamthöhe (Nabenhöhe + \varnothing Rotordurchmesser) der geplanten Anlage, dürfte die Einzelfallprüfung überwiegend zu dem Ergebnis kommen, dass von dieser Anlage keine optisch bedrängende Wirkung zu Lasten der Wohnnutzung ausgeht. Bei einem solchen Abstand treten die Baukörperwirkung und die Rotorbewegung der Anlage so weit in den Hintergrund, dass ihr in der Regel keine beherrschende Dominanz und keine optisch bedrängende Wirkung gegenüber der Wohnbebauung zukommt. Ist der Abstand geringer als das Zweifache der Gesamthöhe der Anlage, dürfte die Einzelfallprüfung überwiegend zu einer dominanten und optisch bedrängenden Wirkung der Anlage gelangen. Ein Wohnhaus wird bei einem solchen Abstand in der Regel optisch von der Anlage überlagert und vereinnahmt. Auch tritt die Anlage in einem solchen Fall durch den verkürzten Abstand und den damit vergrößerten Betrachtungswinkel derart unausweichlich in das Sichtfeld, dass die Wohnnutzung überwiegend in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wird. Beträgt der Abstand zwischen dem Wohnhaus und der Windkraftanlage das Zwei- bis Dreifache der Gesamthöhe der Anlage, bedarf es regelmäßig einer besonders intensiven Prüfung des Einzelfalls. Diese Anhaltswerte dienen lediglich der ungefähren Orientierung bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen, entbinden aber nicht

von einer Einzelfallwürdigung bei Abständen, die unterhalb der zweifachen und oberhalb der dreifachen Anlagenhöhe liegen.“

(2) Ziele der Raumordnung

§ 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB regelt, inwieweit bei der Beurteilung der städtebaulichen Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich auch Ziele der Raumordnung zu berücksichtigen sind.

Nach § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Ziele der Raumordnung sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 Raumordnungsgesetz (ROG) verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums. Raumordnungspläne in den Ländern sind gemäß § 8 Abs. 1 ROG insbesondere die landesweiten Raumordnungspläne (in Brandenburg u.a. der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg) und die Regionalpläne. Da Windenergieanlagen – auch einzelne Anlagen – in der Regel raumbedeutsame Vorhaben darstellen,²⁹ kann somit in Raumordnungsplänen durch abschließend abgewogene Festsetzungen von Abständen auf die Zulässigkeit von Windkraftanlagen im Außenbereich Einfluss genommen werden (näher zu den raumordnungsrechtlichen Regelungsmöglichkeiten unter B. III.).

Eine weitere Regelungsmöglichkeit ergibt sich aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, wonach öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben im Außenbereich in der Regel entgegenstehen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Als Ziele der Raumordnung, insbesondere in den Regionalplänen, können unter anderem Windeignungsgebiete im Sinne des § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG festgelegt werden.³⁰ Dies sind Gebiete, in denen andere Belange der Errichtung von Windkraftanlagen nicht entgegenstehen, wobei zugleich die Errichtung von Windanlagen an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen wird (näher dazu unter B. III. 1. a).

²⁹ Mitschang/Reidt (Fn. 23), § 35 Rn. 105.

³⁰ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 14. Sept. 2010, Az. OVG 2 A 1.10, juris.

In einem gemeinsamen Erlass des Ministeriums für Infrastruktur und Raumordnung und des Ministeriums für ländliche Entwicklung, Umwelt und Verbraucherschutz vom 16. Juni 2009³¹ werden für Brandenburg hierzu unter anderem folgende unverbindliche³² Hinweise für die Regionalplanung gegeben:

„Es wird empfohlen, von einem Abstand von 1000 Metern zu vorhandenen oder geplanten, gemäß §§ 3 bis 7 der Baunutzungsverordnung dem Wohnen dienenden Gebieten auszugehen. Die Abstände können je nach Lage des Einzelfalls verringert oder vergrößert werden. Bei Einzelhäusern und Splittersiedlungen können auch geringere Abstände gerechtfertigt sein. Zu berücksichtigen ist auch die Schutzbedürftigkeit eines Baugebietes. Bei besonders empfindlichen Nutzungen, zum Beispiel bei Kur- und Klinikgebieten, kann dieser Abstand größer sein, bei weniger empfindlichen Nutzungen, zum Beispiel Gewerbe- oder Industriegebieten, geringer.“

c) Regelungen der Brandenburgischen Bauordnung

aa) Abstandsflächen

Abstandsregelungen finden sich in der Brandenburgischen Bauordnung insbesondere in den Bestimmungen des § 6 zu den Abstandsflächen. Die Ermittlung der Abstandsflächen ist im Einzelnen sehr komplex. Die Abstandsflächen bemessen sich grundsätzlich nach der Höhe der baulichen Anlage (H). Die Tiefe der Abstandsflächen beträgt 0,5 H, mindestens aber drei Meter (§ 6 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 BbgBO).³³ Wesentlich für das Abstandsflächenrecht der Bauordnung ist, dass die Abstandsflächen im Regelfall auf dem Grundstück selbst liegen müssen (§ 6 Abs. 2 Satz 1). Es kommt also weder auf den Abstand zu einem Nachbargebäude an noch kommt es darauf an, ob das Nachbargrundstück überhaupt bebaut ist.

Diese Abstandsflächen gelten zunächst für Gebäude. Nach § 6 Abs. 9 BbgBO gelten die Vorgaben aber für bauliche Anlagen, von denen Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen, entsprechend. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass daher

³¹ Der Erlass ist hier abrufbar:
<http://gl.berlin-brandenburg.de/imperia/md/content/bb-gl/regionalplanung/windkrafterlass2009.pdf>.

³² Siehe Fn. 8.

³³ Der Gesetzentwurf für eine novellierte Bauordnung (LT-Drs. 6/3268) sieht in § 6 Abs. 5 Satz 1 BbgBO nunmehr eine Tiefe der Abstandsfläche von 0,4 H, mindestens aber drei Metern vor.

die Abstandsflächenregelungen grundsätzlich auch für Windkraftanlagen anzuwenden sind.³⁴ Wegen der Atypik der baulichen Anlage können aber Abweichungen von den Anforderungen der Bauordnung gem. § 60 BbgBO zugelassen werden.³⁵

bb) Brandschutz/Eiswurf

Ein Gebot zur Einhaltung von Abständen bei der Errichtung von Windkraftanlagen kann sich auch aus der Verpflichtung zur Verhütung von Brand- oder Eiswurfgefahren ergeben.

Dem Brandschutz dienen zum einen die Abstandsflächen der Bauordnungen.³⁶ Zum anderen sind nach § 12 Abs. 1 BbgBO bauliche Anlagen so zu errichten, dass der Entstehung eines Brandes und der Ausbreitung von Feuer und Rauch (Brandausbreitung) vorgebeugt wird und bei einem Brand die Rettung von Menschen und Tieren sowie eine Entrauchung von Räumen und wirksame Löscharbeiten möglich sind. Für Sonderbauten können zudem gemäß § 44 Abs. 3 Nr. 5 BbgBO besondere Anforderungen für Brandschutzeinrichtungen und Brandschutzvorkehrungen aufgestellt werden.

Der Schutz vor Eiswurf ist nach der Rechtsprechung nicht vom Regelungszweck des Abstandsflächenrechts der Bauordnungen umfasst.³⁷ Hier gelten demzufolge die allgemeinen Anforderungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgBO, wonach bauliche Anlagen so zu errichten sind, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit und Eigentum nicht gefährdet werden.³⁸ Für Standorte, an denen mit hoher Wahrscheinlichkeit an mehreren Tagen im Jahr mit Vereisung gerechnet werden muss, ist daher regelmäßig ein Abstand von 1,5 H zu den nächsten gefährdeten Objekten einzuhalten.³⁹

³⁴ BayVGh, Urteil vom 28. Juli 2009, Az. 22 BV 08.3427, juris.

³⁵ Vgl. BayVGh, Urteil vom 28. Juli 2009, Az. 22 BV 08.3427, juris.

³⁶ Otto, Brandenburgische Bauordnung, 2007, § 6 Rn. 1; siehe auch §§ 23 ff. BbgBO.

³⁷ Dirnberger, in: Jäde u.a. (Hrsg.), Bauordnungsrecht Brandenburg, Stand Sept. 2015, § 6 Rn. 3; a.A. Fest (Fn. 2), S. 146.

³⁸ Denkbar ist auch, den Eiswurf als sonstige Einwirkung im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG anzusehen, sodass sich die Verpflichtungen – ohne Auswirkungen auf die Anforderungen – unmittelbar aus dieser Norm ergeben.

³⁹ Ruppel, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, S. 138; zur Möglichkeit des Einsatzes von Eiserkennungssystemen und zur Gefahr des Eisfalls vgl. BayVGh, Beschl. vom 4. Dez. 2014, Az. 22 CS 14.2157, juris.

II. Regelungsmöglichkeiten im Bereich des Bauordnungsrechts

Eine Regelung von Mindestabständen zwischen Windkraftanlagen und Wohnbebauung im Bauordnungsrecht des Landes ist nur zulässig, soweit dem Land die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Gemäß Art. 70 Grundgesetz (GG) steht den Ländern das Recht der Gesetzgebung zu, soweit nicht das Grundgesetz dem Bund Gesetzgebungszuständigkeiten zuweist. Wie oben gezeigt, hat der Bund mit dem Bundes-Immissionsschutzgesetz und dem Baugesetzbuch eigene Normwerke erlassen, die die Belange der Windanlagenbetreiber einerseits und der Wohnbevölkerung andererseits aufeinander abstimmen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit noch Raum für bauordnungsrechtliche Regelungen des Landes besteht.

1. Abgrenzung zu den Regelungen des BImSchG

Das Bundes-Immissionsschutzgesetz stützt sich, soweit es um Lärmimmissionen geht, auf die Gesetzgebungskompetenz aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 24 GG, wonach dem Bund die konkurrierende Gesetzgebung für die Lärmbekämpfung (ohne verhaltensbezogenen Lärm) zukommt. Für sonstige schädliche Umwelteinwirkungen, die von Windenergieanlagen ausgehen können, ergibt sich eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft).⁴⁰ Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Da das Bundes-Immissionsschutzgesetz für Umwelteinwirkungen im Sinne dieses Gesetzes abschließende rechtliche Vorgaben für Lärmimmissionen und sonstige Umwelteinwirkungen, die von genehmigungsbedürftigen gewerblichen⁴¹ Windkraftanlagen ausgehen können, normiert, besteht insoweit kein Spielraum für eine Gesetzgebung des Landes.⁴² Bauordnungsrechtliche Regelungen des Landes, die

⁴⁰ Jarass (Fn. 17), Einl. Rn. 31.

⁴¹ Für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen, also solchen mit bis zu 50 Metern Höhe, besteht hingegen aufgrund der Öffnungsklausel in § 22 Abs. 2 BImSchG die Möglichkeit für den Landesgesetzgeber, „weitergehende öffentlich-rechtliche Vorschriften“ vorzusehen, dazu Jarass (Fn. 17), § 22 Rn. 15 ff. Da auf Grundlage des Kompetenztitels „Recht der Wirtschaft“ zudem nur gewerbliche Anlagen einer bundesrechtlichen Regelung zugänglich sind, gelten die Pflichten des BImSchG für sonstige von Windkraftanlagen ausgehende Immissionen gem. § 4 Abs. 1 Satz 2 und § 22 Abs. 1 Satz 3 BImSchG nur für solche Anlagen. Für nichtgewerblich betriebene Windenergieanlagen besteht also insoweit eine Regelungskompetenz der Länder (z.B. für Regelungen in der Bauordnung oder in einem Landesimmissionsschutzgesetz). Diese Ausnahmefälle werden im Folgenden nicht weiter betrachtet.

⁴² Jarass (Fn. 17), Einl. Rn. 36.

Abstände zwischen solchen Windkraftanlagen und der Wohnbebauung zum Zwecke der Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Lärm, Schattenwurf, Disco-Effekt, Infraschall)⁴³ vorsehen, sind daher mangels Gesetzgebungskompetenz nicht zulässig.

2. Abgrenzung zu den Regelungen des BauGB

Wie oben dargelegt, kann sich die Pflicht zur Einhaltung eines Abstands zwischen Windkraftanlagen und Wohngebäuden auch aus einer optisch bedrängenden Wirkung der Windkraftanlagen ergeben. Eine solche Wirkung ist keine Immission im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, so dass dieses Gesetz insoweit keine Sperrwirkung für die Landesgesetzgebung entfaltet. Möglicherweise stellen jedoch die Vorgaben des Baugesetzbuchs zur Berücksichtigung einer optisch bedrängenden Wirkung eine abschließende Regelung des Bundes dar, die eine Landesgesetzgebung sperrt.

a) Unterscheidung zwischen Bodenrecht und Bauordnungsrecht

Das Baugesetzbuch des Bundes findet seine Kompetenzgrundlage in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Danach hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebung im Bereich des Bodenrechts. Was unter dem Begriff des Bodenrechts zu verstehen ist und wie diese Gesetzgebungskompetenz vom den Ländern vorbehaltenen Bauordnungsrecht abzugrenzen ist, war bereits im Jahr 1954 Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.⁴⁴ Dort hat das Gericht festgestellt, dass sich aus dem Kompetenzkatalog des Grundgesetzes keine allgemeine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das gesamte Baurecht ergebe. Zur Materie "Bodenrecht" gehörten vielmehr nur solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln. Dies umfasse das Recht der städtebaulichen Planung, nicht aber das Recht der Gefahrenabwehr im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts. In einer anderen Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Bauord-

⁴³ Siehe unter B. I. 2. a.

⁴⁴ BVerfG, Gutachten vom 16. Juni 1954, Az. 1 PBvV 2/52, juris; siehe auch speziell zu Abstandregelungen *Schulte*, Abstände und Abstandsflächen in der Schnittstelle zwischen Bundes- und Landesrecht, *BauR* 2007, S. 1514 ff., und *Dirnberger* (Fn. 37), § 6 Rn. 8 ff.

nungsrecht fielen die Vorschriften über die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie über die äußere Gestaltung baulicher Anlagen.⁴⁵

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Rechtsprechung weiter ausgeformt.⁴⁶ Jede baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift, die zur Ablehnung eines Bauantrages führt, habe im Ergebnis eine quasi bodenrechtliche Wirkung, weil auf einem bestimmten Grundstück ein beabsichtigtes Vorhaben nicht verwirklicht werden darf. Eine Verletzung der Bundeszuständigkeit für das Bodenrecht liege daher nicht schon dann vor, wenn eine bauordnungsrechtliche Vorschrift in der konkreten Rechtsanwendung zu Ergebnissen führt, die im Einzelfall auch auf der Grundlage von § 35 BauGB erzielt werden könnten. Maßgeblich sei vielmehr die gesetzliche Zielsetzung. Die Regelungen des § 35 BauGB dienen dazu, konkurrierende Bodennutzungen und Bodenfunktionen zu koordinieren und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Rechtlicher Anknüpfungspunkt sei die Inanspruchnahme von Grund und Boden, Regelungsgegenstand die flächenhafte Zuweisung von Nutzungsrechten und die Gestaltung eines Nutzungsregimes.

b) Schutz vor optisch bedrängender Wirkung als Regelungsziel des Bauordnungsrechts?

Wie oben dargelegt, ist das Gebot der Rücksichtnahme als öffentlicher Belang bei der Prüfung der städtebaulichen Zulässigkeit von Vorhaben zu beachten. Es ist damit Bestandteil des bundesrechtlichen Städtebau- und Bodenrechts. Aus diesem Gebot kann sich im Einzelfall ergeben, dass eine optisch bedrängende Wirkung von Windkraftanlagen bestimmte Abstände zur Wohnbebauung erforderlich macht. Damit stellt sich die Frage, ob der Schutz vor einer solchen bedrängenden Wirkung zusätzlich Gegenstand bauordnungsrechtlicher Regelungen der Länder sein kann. Dies ist nach der oben dargelegten Rechtsprechung nur der Fall, wenn mit den bauordnungsrechtlichen Regelungen andere Regelungszwecke verfolgt werden.

Als Regelungszwecke der bauordnungsrechtlichen Abstandsregelungen werden insbesondere die Gewährleistung von Sonne, Licht und Luft, ein ausreichender Sozialabstand

⁴⁵ BVerfG, Beschl. vom 28. Okt. 1975, Az. 2 BvL 9/74, juris, Rn. 21.

⁴⁶ Zusammenfassend BVerwG, Urt. vom 11. Okt. 2007, Az. 4 C 8/06, juris.

sowie der Brandschutz genannt.⁴⁷ Diese bauordnungsrechtlichen Regelungen dienen dem Schutz der Grundstücksnachbarn.⁴⁸ Dabei wird ein enger Nachbarschaftsbegriff zu Grunde gelegt. Nach § 64 Abs. 1 BbgBO sind Nachbarn die Eigentümer oder Erbbauberechtigten der an das Baugrundstück angrenzenden Grundstücke. In der Konsequenz liegt es, dass die Abstandsregelungen der Bauordnung Abstandsflächen vorsehen, die auf dem Grundstück der zu errichtenden baulichen Anlage liegen müssen. Die Abstandsregelungen gelten also unabhängig davon, ob das Nachbargrundstück bebaut ist oder nicht. Damit wird insbesondere erreicht, dass der Nachbar eines unbebauten Grundstücks in seinem Recht auf Ausnutzung des Grundstücks durch eine zeitlich vorübergehende Bebauung nicht behindert wird.⁴⁹ Die Regelung von Abstandsflächen führt also dazu, dass sich die Nachbarn den zwischen ihren Gebäuden liegenden erforderlichen Abstand hälftig teilen.

Abstandsregelungen, die eine allgemeine oder höhenabhängige Entfernung zwischen Wohnbebauung und Windkraftanlagen vorsehen (z.B. 1000 Meter oder 10 H), sind mit dieser nachbarschutzrechtlichen Konzeption des Bauordnungsrechts nicht vereinbar. Zum einen stellen solche Abstände keine Abstandsflächen dar, die auf dem Grundstück der jeweiligen Windkraftanlage liegen müssen. Zum anderen betreffen sie nicht lediglich das Nachbargrundstück (das im Außenbereich beispielsweise ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück sein kann), sondern die gesamte Umgebung der Windkraftanlage. Damit entfernt sich eine solche Regelung von bauordnungsrechtlichen Zielsetzungen und nähert sich Regelungen an, die verschiedene Bodennutzungen koordinieren und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen sollen, also Regelungen im Sinne der bundesgesetzlichen Kompetenz für das Bodenrecht. Danach könnten solche nicht grundstücks(nachbar)bezogenen Abstandsregelungen durch die Landesbauordnungen nicht normiert werden.⁵⁰

Von einem solchen Verständnis dürften auch die Landesgesetzgeber sowie der Bundesgesetzgeber ausgehen. Einige Länder haben zwar besondere Abstandsregelungen für

⁴⁷ *Dirnberger* (Fn. 37), § 6 Rn. 2 ff.; *Schulte* (Fn. 44), S. 1514; ebenso der Gesetzentwurf für eine Brandenburgische Bauordnung, LT-Drs. 3/5160.

⁴⁸ *Dirnberger* (Fn. 37), § 6 Rn. 11 ff.

⁴⁹ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. vom 10. Feb. 2014, Az. 12 ME 227/13, juris, Rn. 11: „Zudem schreibt der Gesetzgeber einem Grundstückseigentümer die Einhaltung eines bestimmten Grenzabstands auch deswegen vor, weil jeder Grundstückseigentümer dazu beitragen soll, die gewünschten Gebäudeabstände einzuhalten. Es soll nicht dem ‚Windhundprinzip‘ überlassen bleiben, wer von zwei Nachbarn für einen notwendigen Gebäudeabstand zu sorgen hat.“

⁵⁰ So das Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 19. Mai 2009, Zulässigkeit der Volksinitiative „Gegen die Massenbebauung Brandenburgs mit Windenergieanlagen“ (Bearb. *Platter*), S. 10.

Windkraftanlagen in den Bauordnungen vorgesehen. Diese bewegen sich jedoch allesamt in der Regelungskonzeption des herkömmlichen Abstandsflächenrechts und sehen lediglich besondere Vorgaben für die Berechnung der Abstandsflächen vor bzw. nehmen die Windkraftanlagen gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Abstandsflächenrechts heraus (siehe dazu die Übersicht in der Anlage). Der Bund hat mit der Ermächtigung an die Länder in § 249 Abs. 3 BauGB zum Ausdruck gebracht, dass baurechtliche Abstandsregelungen der Länder zu Abständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung und damit über die Grenzen der Nachbargrundstücke hinaus einer entsprechenden Ermächtigung des Bundes bedürfen. Auch Bayern, das von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, ist davon ausgegangen, dass es einer solchen bundesrechtlichen Ermächtigung bedarf.⁵¹

Allerdings ergibt sich aus einigen Gerichtsentscheidungen, dass der Schutz vor einer optisch bedrängenden Wirkung (einer Windkraftanlage) auch Regelungsziel der bauordnungsrechtlichen Abstandsregelungen sein kann. So geht das OVG Nordrhein-Westfalen davon aus, dass die bedrängende Wirkung, die eine Windenergieanlage auf die Nachbarschaft ausübt, vom Schutzbereich der Abstandsflächenregelungen in § 6 BauO NW erfasst werde.⁵² Auch ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber nicht an seine einmal gefundene Gesetzgebungskonzeption gebunden ist. Er kann diese ändern oder für bestimmte Fallgestaltungen abweichende Regelungen vorsehen.⁵³ Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht gänzlich fernliegend, dass der Landesgesetzgeber in der Bauordnung besondere Abstandsregelungen für Windkraftanlagen zum Schutz vor einer optisch bedrängenden Wirkung normieren kann, die keine grundstücksbezogenen Abstandsflächen vorsehen und sich nicht lediglich auf das unmittelbar angrenzende Nachbargrundstück beziehen.

⁵¹ So hat der bayerische Innenminister in der Plenardebatte zur Einführung der 10-H-Regelung betont: „Es ist selbstverständlich, dass der Gesetzentwurf von diesem Hohen Haus erst dann beschlossen wird, wenn in Berlin die gesetzliche Grundlage geschaffen worden ist.“, PIProt. 17/19, S. 1217.

⁵² OVG NRW, Beschl. vom 3. Sept. 1999, Az. 10 B 1283/99, juris, Rn. 33; vgl. auch: OVG Lüneburg, Beschl. vom 10. Feb. 2014, Az. 12 ME 227/13, juris, Rn. 11: „Abstandsvorschriften dienen nicht nur dem Schutz vor Verschattung, sondern auch dem Schutz vor anderen negativen, durch Gebäudeaußenflächen erzeugten Wirkungen auf ein Nachbargrundstück, z.B. einer sichtversperrenden oder erdrückenden Wirkung“; der BayVGh, Urt. vom 28. Juli 2009, Az. 22 BV 08.3427, juris, Rn. 19, spricht von einem „ausreichendem Schutz vor optischer Beengung“.

⁵³ Vgl. die Gesetzesbegründung zum Entwurf einer novellierten Bauordnung, LT-Drs. 6/3268, S. 20, wo zutreffend darauf hingewiesen wird, dass der Grundsatz, dass die Abstandsflächen auf dem Grundstück selbst liegen müssen, „an sich bauordnungsrechtlich irrelevant, aber für das Nachbarschaftsverhältnis bedeutsam“ sei.

Folgt man einem solchen erweiterten Verständnis der bauordnungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen, ist gleichwohl zu beachten, dass die jeweilige Regelung durch ordnungsrechtliche und nicht durch bodenrechtlichen Ziele gerechtfertigt werden muss. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Einhaltung bauordnungsrechtlicher Abstandsflächen nicht zwingend dazu führt, dass damit auch das städtebauliche (bodenrechtliche) Gebot der Rücksichtnahme beachtet wird. Aus dem Gebot der Rücksichtnahme können sich also weitergehende Anforderungen als aus dem bauordnungsrechtlichen Abstandsrecht ergeben.⁵⁴ Dementsprechend dürften im Hinblick auf die Normierung größerer Abstände die Regelungsspielräume des Normgebers, der primär bauordnungsrechtliche Ziele verfolgt, nicht weitergehen als die Gestaltungsspielräume im Bereich des Städtebau-, Boden- oder Raumordnungsrechts.

Wie oben dargelegt, geht die Rechtsprechung davon aus, dass eine optisch bedrängende Wirkung in der Regel nicht vorliegt, wenn der Abstand zwischen der Windkraftanlage und der Wohnbebauung mehr als 3 H beträgt.⁵⁵ Diese städtebauliche Maßgabe dürfte damit auch Richtschnur für allgemeine Abstandsregelungen in den Landesbauordnungen zum Schutz vor einer optisch bedrängenden Wirkung sein. Nimmt man an, dass sich diese Grenze nicht bereits aus den Kompetenzzuweisungen ergibt, so folgt dies jedenfalls aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten ableiten lässt und in Art. 5 Abs. 2 Satz 1 LV ausdrücklich normiert ist. Denn Abstandsregelungen beschränken die Baufreiheit des Grundstückseigentümers oder sonstiger Berechtigter und damit deren Eigentumsgrundrechte aus Art. 14 GG und Art. 41 LV sowie die Berufsfreiheit der Windkraftanlagenbetreiber aus Art. 12 GG und Art. 49 LV. Eine Beschränkung ist nur zulässig, soweit diese zur Erreichung der bauordnungsrechtlichen Zielsetzung geeignet und erforderlich ist und die Einschränkung in Abwägung mit dem Ziel des Schutzes der umliegenden Wohnbebauung vor der optisch bedrängenden Wirkung der Windkraftanlagen in einem angemessenen Verhältnis steht. Die Rechtsprechung zum Gebot der Rücksichtnahme im Zusammenhang mit der optisch bedrängenden Wirkung beruht ebenfalls auf einer solchen Abwägung der verschiedenen Belange⁵⁶ und ist daher auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung für eine mögliche bauordnungsrechtliche

⁵⁴ Vgl. *Dirnberger* (Fn. 37), § 6 Rn. 9 mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁵⁵ OVG NRW, Urt. vom 9. Aug. 2006, Az. 8 A 3726/05, juris.

⁵⁶ *Mitschang/Reidt* (Fn. 23), § 35 Rn. 80.

Regelung übertragbar. Dementsprechend sind auch die Abwägungsergebnisse übertragbar.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass Art. 82 BayBO einen Abstand zwischen Windkraftanlagen und Wohnbebauung von 10 H vorsieht und diese Regelung unter anderem mit der optisch bedrängenden Wirkung von Windkraftanlagen begründet wurde.⁵⁷ Zum einen handelt es sich um eine Regelung des Städtebaurechts auf der Grundlage der Ermächtigung in § 249 Abs. 3 BauGB und nicht um eine Vorschrift des Bauordnungsrechts.⁵⁸ Zum anderen normiert diese Regelung keinen zwingend einzuhaltenden Abstand zwischen Windkraftanlagen und Wohnbebauung, sondern es entfällt lediglich die Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich, wenn der Abstand das vorgesehene Maß unterschreitet (siehe dazu B. I. 2. b aa). Daher dürften hier die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers weiter sein als bei bauordnungsrechtlichen Abstandsregelungen. Im Übrigen wird die Rechtmäßigkeit dieser Regelung zum Teil bestritten; eine Normenkontrolle beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof wurde bereits eingeleitet.⁵⁹

Damit kann festgehalten werden, dass bauordnungsrechtliche Regelungen des Landes, die den Schutz der Wohnbebauung in der näheren Umgebung vor optisch bedrängenden Wirkungen von Windenergieanlagen zum Ziel haben, jedenfalls keine allgemeinen Abstände regeln dürfen, die wesentlich über 3 H hinausgehen.

c) Andere Regelungsziele des bauordnungsrechtlichen Abstands(flächen)rechts

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass die klassischen Regelungsziele des Abstands(flächen)rechts der Bauordnungen, insbesondere die Gewährleistung einer ausreichenden Belichtung und Belüftung sowie der Brandschutz, keine Regelungen rechtfertigen, die wesentlich über die bis jetzt getroffenen Vorgaben hinausgehen.

III. Regelungsmöglichkeiten im Bereich des Raumordnungsrechts

Weiter ist zu prüfen, ob für das Land eine rechtssichere Möglichkeit zur Regelung eines Mindestabstands zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung im Bereich des

⁵⁷ LT-Drs. 17/2137, S. 7: „Schutz von Natur und Landschaft sowie vor optisch erdrückender Wirkung“.

⁵⁸ VG Bayreuth, Urt. vom 24. Nov. 2015, Az. B 2 K 15.77, juris, Rn. 51.

⁵⁹ Vgl. Fn. 22. Die Verhandlung beim BayVerfGH soll am 12. April 2016 stattfinden.

Raumordnungs- und Landesplanungsrechts besteht. Mit ähnlichen Fragestellungen hat sich der Parlamentarische Beratungsdienst bereits im Jahr 2009 befasst.⁶⁰ Auf die damaligen Ausführungen wird daher hingewiesen und ausdrücklich Bezug genommen.

Zur Beantwortung der Frage werden zunächst die maßgeblichen rechtlichen Grundlagen und Regelungszuständigkeiten dargestellt (1.). Im Folgenden werden mögliche Ansatzpunkte für landesrechtliche Regelungen erläutert (2.).

1. Maßgebliche Rechtsgrundlagen und Regelungszuständigkeiten

a) Raumordnungsgesetz des Bundes

aa) Wesentliche Regelungen für Standorte von Windkraftanlagen

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das Raumordnungsgesetz. Nach § 1 Abs. 1 ROG sind bundesweit und in Teilräumen Raumordnungspläne zu erarbeiten, durch die unterschiedliche Anforderungen an den Raum aufeinander abzustimmen und Konflikte auf der jeweiligen Planungsebene auszugleichen sind (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ROG) und Vorsorge für Nutzungen und Funktionen des Raumes zu treffen ist (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG). In § 2 ROG werden eine Reihe von Grundsätzen der Raumordnung aufgestellt. Hierbei sind für die hier maßgebliche Frage einer möglichen Abstandsregelung zwischen Wohnnutzungen und Windenergieanlagen insbesondere die Grundsätze in § 2 Nr. 4 ROG (räumliche Sicherung der kostengünstigen, sicheren und umweltverträglichen Energieversorgung) und in § 2 Nr. 5 ROG (Erhalt der Kulturlandschaften) von Relevanz.

Für die weiteren rechtlichen Überlegungen sind ferner die in § 3 Abs. 1 ROG vorgenommen Begriffsbestimmungen von Bedeutung. Dort sind insbesondere die Begriffe „Ziele der Raumordnung“ und „Grundsätze der Raumordnung“ definiert. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG sind Ziele der Raumordnung (siehe dazu bereits unter B. I. 2. b bb (2)) verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums. Im Unterschied dazu sind „Grundsätze der Raumordnung“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums als Vorgaben für nachfolgende Ab-

⁶⁰ Gutachten vom 19. Mai 2009, Zulässigkeit der Volksinitiative „Gegen die Massenbebauung Brandenburgs mit Windenergieanlagen“ (Bearb. *Platter*), sowie Gutachten vom 13. Juli 2009, Mindestabstandsregelungen zur Wohnbebauung in so genannten Windkrafterlassen (Bearb. *Platter*).

wägungs- oder Ermessensentscheidungen. Grundsätze der Raumordnung können als Festlegungen in einem Raumordnungsplan oder – anders als Ziele der Raumordnung – durch Gesetz aufgestellt werden.

Gem. § 3 Abs. 2 ROG sind diese Begriffsbestimmungen für alle Bundesgesetze verbindlich, in denen diese Begriffe Verwendung finden und keine eigenständigen abweichenden Bestimmungen getroffen werden, also beispielsweise für das Baugesetzbuch.

Nach § 7 Abs. 2 ROG ist bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen das Abwägungsgebot zu beachten. Nach diesem zentralen Prinzip aller planerischen Entscheidungen sind die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen. Wenn Ziele der Raumordnung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG festgelegt werden sollen, ist abschließend abzuwägen.

Für das Flächenland Brandenburg ist zudem § 8 Abs. 1 ROG bedeutsam. Nach dieser Vorschrift ist zum einen ein landesweiter Raumordnungsplan aufzustellen (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG) und es sind zudem für Teilräume des Landes Regionalpläne zu erarbeiten (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG). Diese Regionalpläne sind gem. § 8 Abs. 2 ROG aus dem landesweiten Raumordnungsplan zu entwickeln, was insbesondere die Beachtung der im landesweiten Raumordnungsplan vorgesehenen Ziele der Raumordnung und die Berücksichtigung der dortigen Grundsätze der Raumordnung erfordert.⁶¹ Nach § 8 Abs. 5 ROG sollen in Raumordnungsplänen (in landesweiten ebenso wie in Regionalplänen) Festlegungen zur Raumstruktur enthalten sein. Insbesondere sind Festlegungen zur anzustrebenden Freiraumstruktur (§ 8 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ROG) oder zu sicherungsbedürftigen Standorten der Versorgungsinfrastruktur (§ 8 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b ROG) zu treffen. Die in den Vorschriften genannten Beispiele sind nicht abschließend, so dass nach § 8 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b i.V.m. Nr. 3 Buchst. b ROG auch Flächen zur Nutzung mit Windenergieanlagen vorgesehen werden können.

⁶¹ So etwa *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 8 Rn. 28 ff.; siehe hierzu auch VGH Baden-Württemberg, Urt. vom 15. Nov. 2012, Az. 8 S 2525/09, juris, Rn. 30 f., unter Hinweis auf das auch in diesem Verhältnis bestehende Bindungsgebot des § 4 Abs. 1 ROG. Aus dem Entwicklungsgebot ergibt sich zudem, dass die Nichtigkeit des Landesentwicklungsplanes zur Unwirksamkeit der Regionalpläne führt, dazu VG Cottbus, Urt. vom 5. März 2015, Az. 4 K 374/13, juris, Rn. 41 ff., sowie *Kümper/Milstein*, Wirksamkeitsakzessorietät und Planerhaltung bei Raumordnungsplänen, NVwZ 2015, S. 8 ff., mit Vorschlägen zur Regelung der Durchbrechung des Entwicklungsgebotes.

Einige Ausgestaltungsmöglichkeiten zur Gebietsfestlegung werden in § 8 Abs. 7 ROG konkretisiert:

Vorranggebiete sind nach § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG Gebiete, die für bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar sind.

Eine ähnliche Regelung trifft § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ROG für die sogenannten Vorbehaltsgebiete. Allerdings wird hier der raumbedeutsamen Funktion oder Nutzung kein zwingender Vorrang eingeräumt, sondern für etwaige Abwägungsvorgänge ein besonderes Gewicht beigemessen. Dies wird im Regelfall dazu führen, dass die vorbehaltene Nutzung sich im Fall eines Nutzungskonflikts durchsetzt; ein Automatismus besteht aber – anders als beim Vorranggebiet – nicht.

Eine etwas andere Regelungskonzeption verfolgt § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG. In den dort definierten Eignungsgebieten können Nutzungen vorgesehen werden, die im Außenbereich (§ 35 BauGB) liegen. In den Eignungsgebieten können den dort vorgesehenen Nutzungen sonstige raumbedeutsame Belange nicht entgegengehalten werden. Voraussetzung für diesen Schutz der mit dem Eignungsgebiet begünstigten Nutzung ist aber, dass diese Nutzung in anderen Teilen des Planungsgebietes ausgeschlossen ist.

Nach § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG schließlich können die Wirkungen des Vorranggebietes und des Eignungsgebietes kombiniert werden. Auf diesem Wege kann für die begünstigte Nutzung eine rechtlich sehr starke Stellung herbeigeführt werden. Zugleich ist eine Konzentration dieser Nutzungen auf dem festgelegten Gebiet möglich, da die Nutzung an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen ist.⁶²

bb) Regelungszuständigkeiten

Für das Recht der Raumordnung kommt dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zu. Nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG können die Länder aber auf dem Gebiet des Raumordnungsrechts durch Gesetz vom Bundesrecht

⁶² Goppel (Fn. 61), § 8 Rn. 92.

abweichende Regelungen treffen. Im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht geht dann gem. Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG das jeweils spätere Gesetz vor.

b) Raumordnungsrecht des Landes

Das ROG des Bundes wird auf Ebene der Länder durch Landesrecht ergänzt und konkretisiert. In Brandenburg existieren hierzu mehrere Gesetzeswerke, die nachfolgend näher dargestellt werden.

aa) Landesplanungsvertrag

Mit dem Gesetz zu dem Landesplanungsvertrag vom 6. April 1995⁶³ wurde dem zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg ausgehandelten Landesplanungsvertrag (LPIV) zugestimmt und der Landesplanungsvertrag damit zum Bestandteil des Landesrechts.

Mit dem Vertrag verpflichten sich Berlin und Brandenburg zu einer gemeinsamen Landesplanung (Art. 1 LPIV). Hierzu sieht der Landesplanungsvertrag zum einen eine Gemeinsamen Landesplanungsabteilung vor (Art. 2 ff. LPIV). Zum anderen ist in Art. 6 LPIV eine gemeinsame Landesplanungskonferenz vorgesehen, die vor abschließenden landesplanerischen Entscheidungen der jeweiligen Landesregierungen zu beteiligen ist. Von den Empfehlungen der gemeinsamen Landesplanungskonferenz können die Landesregierungen erst nach entsprechender Begründung und nochmaliger Anhörung der Landesplanungskonferenz abweichen (Art. 6 Abs. 1 Satz 3 LPIV).

Der Landesplanungsvertrag sieht zwei Instrumente vor, mit denen insbesondere raumordnerische Aussagen für das gesamte Planungsgebiet getroffen werden können: das Landesentwicklungsprogramm und Landesentwicklungspläne.

bb) Landesentwicklungsprogramm

Auf Grundlage des Art. 7 LPIV wurde ein gemeinsames Landesentwicklungsprogramm (LEPro) erarbeitet, das als Staatsvertrag vereinbart wurde und dem die beiden Landesparlamente durch Vertragsgesetz zugestimmt haben.⁶⁴ Das Landesentwicklungsprogramm

⁶³ In der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Feb. 2012, GVBl. I, Nr. 14.

⁶⁴ Gesetz zu dem Staatsvertrag der Länder Berlin und Brandenburg über das Landesentwicklungsprogramm 2007 (LEPro 2007) und die Änderung des Landesplanungsvertrages vom 18. Dez. 2007, GVBl. I, S. 235.

gilt somit im Rang eines Landesgesetzes inhaltlich identisch sowohl im Land Brandenburg wie im Land Berlin.

Das Landesentwicklungsprogramm regelt z.B. das System der Zentralen Orte (§ 3 LEPro) und enthält Vorschriften zum Schutz von Kulturlandschaften (§ 4 LEPro) sowie Vorgaben zur Freiraumentwicklung (§ 6 LEPro). Im Zusammenhang mit den Ausführungen zu den Kulturlandschaften bestimmt § 4 Abs. 2 LEPro Folgendes:

„Durch eine nachhaltige und integrierte ländliche Entwicklung sollen die Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft, die touristischen Potenziale, die Nutzung regenerativer Energien und nachwachsender Rohstoffe in den ländlichen Räumen als Teil der Kulturlandschaft weiterentwickelt werden.“

Für die Frage der Nutzung der Landschaft durch Windenergieanlagen ist ferner die Norm des § 6 Abs. 3 LEPro von Bedeutung. Diese hat folgenden Wortlaut:

„Die öffentliche Zugänglichkeit und Erlebbarkeit von Gewässerrändern und anderen Gebieten, die für die Erholungsnutzung besonders geeignet sind, sollen erhalten oder hergestellt werden. Siedlungsbezogene Freiräume sollen für die Erholung gesichert und entwickelt werden.“

Rechtlich handelt es sich hierbei um die Festlegung von Grundsätzen der Raumordnung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG. Dies bedeutet, dass die getroffenen Aussagen bei nachfolgenden landesplanerischen Vorgängen als relevante Abwägungsgesichtspunkte zu beachten sind. Sie enthalten jedoch keine verbindlichen Festlegungen, wie dies bei Zielen der Raumordnung der Fall wäre.

cc) Landesentwicklungspläne

Auf Basis der inhaltlichen Vorgaben des Landesentwicklungsprogramms werden durch die Gemeinsame Landesplanungsabteilung unter Beachtung der vorgeschriebenen Beteiligungen gemeinsame Landesentwicklungspläne⁶⁵ aufgestellt, die neben textlichen Festle-

⁶⁵ Derzeit gibt es den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP B-B, Verordnung über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009, GVBl. II, S. 186) und den Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung. Die Verordnung über den LEP B-B wurde durch Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 16. Juni 2014, Az. OVG 10 A 8.10, für unwirksam erklärt und durch Bekanntmachung vom 12. Mai 2015, GVBl. II, Nr. 22, neu in Kraft gesetzt. Zu den Folgen für die Regionalplanung siehe Fn. 61.

gungen von Grundsätzen der Raumordnung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG auch Ziele der Raumordnung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG enthalten. Diese Ziele der Raumordnung sind für die nachfolgenden Stufen der Raumordnung (die Regionalpläne) und die kommunale Bauleitplanung (Flächennutzungspläne und Bebauungspläne nach dem BauGB) verbindlich (§ 1 Abs. 4 BauGB) und können nicht durch Abwägung überwunden werden. Ferner können die Landesentwicklungspläne neben textlichen auch zeichnerische Festsetzungen enthalten.

Landesentwicklungspläne werden von der Landesregierung als Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 LV erlassen. Sie stehen somit im Rang unterhalb des Zustimmungsgesetzes zum Landesplanungsvertrag bzw. zum Landesentwicklungsprogramm, die formelle (Parlaments-)Gesetze sind.⁶⁶

Festlegungen speziell zur Windenergienutzung enthält der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg nicht. Jedoch beinhaltet der Landesentwicklungsplan in Anlage 1 eine zeichnerische Festlegung von Freiraumgebieten, die gem. Ziff. 5.2 LEP B-B als Ziel der Raumordnung festgesetzt sind. Raumbedeutsame Inanspruchnahmen des Freiraumverbundes, die die räumliche Entwicklung oder Funktion des Freiraumverbundes beeinträchtigen, wie z.B. Windenergieanlagen,⁶⁷ sind innerhalb der Gebietskulisse des Freiraumverbundes regelmäßig ausgeschlossen.

Als Grundsätze der Raumordnung regelt der LEP B-B zudem, dass für Vorhaben der Energieerzeugung im Außenbereich entsprechend vorgeprägte, raumverträgliche Standorte vorrangig mit- oder nachgenutzt werden sollen und dass die Gewinnung und Nutzung einheimischer Energieträger als wichtiges wirtschaftliches Entwicklungspotenzial räumlich gesichert werden; Nutzungskonflikte sollen hierbei minimiert werden (Ziff. 6.8 Abs. 2 und Ziff. 6.9 LEP B-B).

dd) Gesetz zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung

Vorstehend wurden die Regelungen zur landesweite Raumordnung i.S.d. § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG dargestellt. Für die für Teilräume des Landes zu erarbeitenden Regio-

⁶⁶ Die Verordnung zum Landesentwicklungsplan kann somit im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gerichtlich angefochten werden (§ 47 VwGO i.V.m. § 4 Abs. 1 Brandenburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz).

⁶⁷ So ausdrücklich die Begründung zu Ziff. 5.2 LEP B-B.

nalpläne (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG) gilt ein weiteres Gesetz, das Gesetz zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung (RegBkPIG).⁶⁸

Das RegBkPIG teilt das Landesgebiet in insgesamt fünf Planungsregionen auf (§ 3 Abs. 2 RegBkPIG), in denen jeweils Regionalpläne als Satzung (§ 2 Abs. 4 Satz 1 RegBkPIG) durch die Regionalen Planungsgemeinschaften (§ 4 RegBkPIG) erlassen werden. In den Regionalplänen wird die Raumordnung (§ 1 RegBkPIG) vertieft und es sollen im Rahmen eines eigenen Gestaltungsspielraums weitere Ziele und Grundsätze der Raumordnung sowie qualitative oder quantitative Vorgaben festgesetzt werden (§ 2 Abs. 1 RegBkPIG). In Regionalplänen können sowohl textliche als auch zeichnerische Festlegungen getroffen werden (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RegBkPIG).

Daraus ergibt sich, dass insbesondere in den Regionalplänen (ggf. in Form von sachlichen Teilplänen gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 ROG) eine Festsetzung von Gebieten i.S.d. § 8 Abs. 7 ROG in Bezug auf Vorhaben zur Windenergienutzung in Betracht kommt.⁶⁹ Einerseits können auf dieser Ebene die örtlichen Gegebenheiten und Besonderheiten ausreichend berücksichtigt werden, andererseits ist das Planungsgebiet noch nicht so klein, dass u.U. nicht hinreichend große Freiflächen zur Windkraftnutzung zur Verfügung stehen könnten.

Regionalpläne bedürfen der Genehmigung der Landesplanungsbehörde (§ 2 Abs. 4 Satz 2 RegBkPIG). Eine Befugnis zur inhaltlichen Änderung der Pläne steht der Landesplanungsbehörde (der Gemeinsame Landesplanungsabteilung) jedoch nicht zu.

ee) Regelungszuständigkeiten

Da das Gesetz zum Landesplanungsvertrag ein Vertragsgesetz ist, konnte der Landtag dem Vertrag nur in Gänze zustimmen oder die Zustimmung insgesamt ablehnen. Eine nachträgliche einseitige Änderung einzelner Bestimmungen des Landesplanungsvertrages ist im allgemeinen Gesetzgebungsverfahren des Landtages nicht möglich, wie dies auch aus § 50 GOLT deutlich wird. Eine inhaltliche Änderung des Landesplanungsvertrages muss vielmehr in zwei Stufen erfolgen:

⁶⁸ Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Feb. 2012, GVBl. I, Nr. 13, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Feb. 2014, GVBl. I, Nr. 07.

⁶⁹ Siehe hierzu OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 10. Nov. 2015, Az. OVG 10 A 7.13, juris, Rn. 48. Zur Unwirksamkeit von Regionalplänen aufgrund der Unwirksamkeit des landesweiten Raumordnungsplans vgl. Fn. 61.

- Aushandlung eines Änderungsvertrages zwischen den beiden Ländern durch die jeweiligen Landesregierungen und
- Zustimmungsgesetze zum Änderungsvertrag durch beide Landesparlamente.

Diese Überlegungen gelten entsprechend für eine Änderung des Landesentwicklungsprogramms. Auch dieses wird – nach den entsprechenden Vorarbeiten durch die Gemeinsame Landesplanungsabteilung unter Beachtung der verschiedenen Beteiligungsrechte – gem. Art. 7 Abs. 1 LPIV als Staatsvertrag zwischen Berlin und Brandenburg vereinbart und durch jeweiliges Vertragsgesetz in den beiden Ländern durch die beiden Landesparlamente in den jeweiligen Normbestand im Range eines formellen Gesetzes überführt. Daher setzt auch eine Änderung des Landesentwicklungsprogramms das eben dargestellte zweistufige Verfahren voraus.

Hinsichtlich der Landesentwicklungspläne stellt sich die Lage etwas anders dar. Hierbei handelt es sich um Rechtsverordnungen der Landesregierung, die somit grundsätzlich auch für die Änderung oder Ergänzung der Verordnungen zuständig ist.⁷⁰ Jedoch ist auch hier das Gebot des Art. 1 Abs. 1 und 2 LPIV zu beachten, wonach sich die Länder Berlin und Brandenburg zu einer gemeinsamen Landesplanung u.a. durch gemeinsame Landesentwicklungspläne verpflichten. Dies bedeutet, dass hier ein einseitiges Vorgehen grundsätzlich unzulässig ist und die Verpflichtungen zur Ausarbeitung in der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung und zur Mitwirkung der gemeinsamen Landesplanungskonferenz zu beachten sind. Erst wenn der Mechanismus des Art. 6 Abs. 1 Satz 3 LPIV (siehe B. III. 1. b aa) durchlaufen ist, kann die Landesregierung einen abweichenden Landesentwicklungsplan für das Land Brandenburg als Rechtsverordnung beschließen bzw. ändern. Diese Möglichkeit besteht zudem nur, soweit hierdurch kein Widerspruch zu den vorrangigen Grundsätzen des gemeinsamen Landesentwicklungsprogramms bzw. zur grundsätzlichen Ausrichtung einer gemeinsamen Landesplanung aus Art. 1 LPIV entsteht.

Das RegBkPIG schließlich kann als formelles Landesgesetz durch den Landesgesetzgeber geändert werden.

⁷⁰ In der Rechtspraxis finden sich immer wieder Änderungen von Rechtsverordnungen durch Parlamentsgesetze. Dies erfolgt im Wege eines Artikelgesetzes, um insgesamt einheitliche Regelungen im Gesetz und im nachrangigen Verordnungsrecht herzustellen. Diese Vorgehensweise ist grundsätzlich zulässig, die Änderung einer Rechtsverordnung durch Parlamentsgesetz unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen ist hingegen unzulässig, vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Sept. 2005, Az. 2 BvF 2/03, juris, Rn. 207.

2. Mögliche Ansätze zur raumordnerischen Festsetzung eines Mindestabstands

Raumordnungsrechtliche Regelungen des Landes zu einem Mindestabstand zwischen Wohnbebauung und Windkraftanlagen können durch Parlamentsgesetz (im Landesplanungsvertrag, im Landesentwicklungsprogramm oder im RegBkPIG bzw. einem neu zu schaffenden Gesetz) oder durch Rechtsverordnung (in einem Landesentwicklungsplan) erfolgen.

a) Gesetzliche Regelungen

Denkbar ist, in eines der genannten Regelungswerke eine Bestimmung aufzunehmen, die einen gesetzlichen Mindestabstand von Windkraftanlagen zu Siedlungsgebieten vorschreibt. Alternativ käme die Vorgabe eines solchen Mindestabstandes für die Festsetzung von Gebieten gem. § 8 Abs. 7 ROG zur bevorzugten Nutzung durch Windenergieanlagen in Betracht. Da es sich um verbindliche Festlegungen handeln würde, läge nach der Begrifflichkeit des Raumordnungsgesetzes – in beiden Alternativen – die Festlegung eines Zieles der Raumordnung, allerdings in Form eines Parlamentsgesetzes, vor.

(1) Notwendigkeit eines Vertragsänderungsverfahrens

Sofern eine Festsetzung im Landesplanungsvertrag in Betracht gezogen wird, ist zu beachten, dass es sich hierbei um einen Staatsvertrag handelt, der einseitig durch Brandenburg nicht geändert werden kann. Vielmehr müsste zunächst, wie dargelegt, mit Berlin ein Änderungsvertrag ausgehandelt werden, dem dann wiederum beide Landesparlamente per Vertragsgesetz zuzustimmen hätten.

Auch das Landesentwicklungsprogramm kann aufgrund seiner staatsvertraglichen Grundlage nur im dargestellten zweistufigen Verfahren unter Mitwirkung und Zustimmung des Landes Berlin entsprechend geändert bzw. ergänzt werden. Zudem ist zu bedenken, dass Art. 7 LPIV – im Einklang mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG – vorsieht, dass im Landesentwicklungsprogramm als Parlamentsgesetz nur Grundsätze, nicht aber Ziele der Raumordnung festgesetzt werden. Demnach wäre vor einer entsprechenden Festsetzung im Landesentwicklungsprogramm zunächst eine Änderung von Art. 7 LPIV dahingehend vorzunehmen, dass im Landesentwicklungsprogramm auch Ziele der Raumordnung festgesetzt werden können.

Erfolgt eine Festsetzung im RegBkPIG oder einem neu zu schaffenden Gesetz, wäre zwar der Landesgesetzgeber zuständig. Jedoch würde die einseitige Festlegung durch Gesetz gegen Art. 1 Abs. 2 Satz 2 LPIV verstoßen.⁷¹ Mit dieser Vertragsbestimmung verpflichten sich die Länder Berlin und Brandenburg, die gemeinsamen Ziele der Raumordnung für den gemeinsamen Planungsraum in gemeinsamen Landesentwicklungsplänen – und nicht in einseitig erlassenen Gesetzen – festzulegen. Auch insoweit wäre also zunächst eine Änderung des Landesplanungsvertrages erforderlich.

(2) Widerspruch zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG

Zudem widerspricht die Festlegung eines Zieles der Raumordnung durch ein (formelles) Gesetz der Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Denn danach sind Ziele der Raumordnung nur solche, die in Raumordnungsplänen festgelegt sind. Anders als bei den Grundsätzen der Raumordnung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG ist eine Regelung durch Gesetz also gerade nicht vorgesehen. Gesetzliche Regelungen können also keine „Ziele der Raumordnung“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG sein.⁷²

Zugunsten des Landesgesetzgebers greift für das Raumordnungsrecht zwar die – nicht näher konditionierte⁷³ – Möglichkeit einer Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG. Somit könnte der Landesgesetzgeber von der einschränkenden Definition der „Ziele der Raumordnung“ nach dem ROG abweichen und in eine landesrechtliche Definition des Begriffs „Ziele der Raumordnung“ ergänzend aufnehmen, dass Ziele der Raumordnung verbindliche Festlegungen nicht nur in Raumordnungsplänen, sondern auch in Gesetzen sind.

Jedoch wären solchermaßen durch Landesgesetz neu definierte „Ziele der Raumordnung“ für die Genehmigung der Errichtung von Windkraftanlagen ohne Relevanz. Denn nach § 3 Abs. 2 ROG gilt für Bundesgesetze die Definition des Begriffs „Ziele der Raumordnung“

⁷¹ Zum Vorrang des Staatsvertrages gegenüber Landesrecht siehe das Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 18. Sept. 2015, Zur Rechtmäßigkeit des Vorschlags für ein Begleitgesetz des Landes Brandenburg zum Landesplanungsvertrag (Bearb. *Lechleitner/Platter*), S. 22 ff.

⁷² *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 3 Rn. 48.

⁷³ Die Abweichungsgesetzgebung besteht ferner für das Jagdrecht, für das Naturschutzrecht und für das Wasserrecht. Für diese Bereiche sind aber bestimmte Regelmaterien von der Abweichungsbefugnis ausdrücklich ausgenommen. Neben dem Raumordnungsrecht bestehen solche uneingeschränkten Abweichungsmöglichkeiten nur noch für das Recht der Bodenverteilung und das Hochschulzulassungs- bzw. -abschlussrecht.

nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Die Genehmigung von Windenergieanlagen richtet sich im Wesentlichen nach Bundesrecht.⁷⁴ Einschlägig ist im Regelfall das Bundes-Immissionsschutzgesetz, wonach eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung die Zulässigkeit des Vorhabens nach dem BauGB voraussetzt. Diese bauplanungsrechtliche (städtebauliche) Zulässigkeit bestimmt sich nach § 35 BauGB und somit ebenfalls nach Bundesrecht. Soweit nach dem hier maßgeblichen § 35 Abs. 3 BauGB „Ziele der Raumordnung“ der Errichtung von Windkraftanlagen entgegenstehen können, handelt es sich um „Ziele der Raumordnung“ im Sinne des ROG. Durch formelles Landesgesetz festgelegte Ziele der Raumordnung unterfallen, wie dargelegt, diesem Begriff nicht und können demzufolge dem Vorhaben auch nicht entgegenstehen. Es besteht im Hinblick auf das BauGB auch (außerhalb von Öffnungsklauseln nach Art des § 249 Abs. 3 BauGB) keine Möglichkeit für eine Abweichungsgesetzgebung, da Art. 72 Abs. 3 GG für Regelungen des Bodenrechts eine solche Abweichungsmöglichkeit für den Landesgesetzgeber nicht eröffnet.⁷⁵

(3) Verfassungsrechtliche Grenzen einer Planung durch Gesetz

Eine gesetzliche Regelung, die verbindliche Bestimmungen zu einem Mindestabstand normiert, erfordert nicht nur die dargestellten landesrechtlichen Abänderungen des Raumordnungsrechts des Bundes und des Landesplanungsvertrages, sondern sie stellt auch und vor allem eine eigene raumordnerische Planungsentscheidung des Gesetzgebers dar.

Eine Planung durch Parlamentsgesetz ist verfassungsrechtlich nur eingeschränkt zulässig. Die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung der Belange als Grundlage jeder rechtsstaatlichen Planungsentscheidung erfordert im Grundsatz ein behördliches Handeln. Die für den angemessenen Interessenausgleich erforderliche Abwägung setzt zunächst eine umfassende Sachverhaltsermittlung voraus, da alle maßgeblichen öffentlichen wie priva-

⁷⁴ Siehe unter B. I.

⁷⁵ Vgl. zum Ganzen auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages Schleswig-Holstein vom 30. Juli 2015, S. 5 f. Das Gutachten kann unter Angabe der Umdruck-Nummer 18/4675 in der Dokumentensuche auf der Internetseite des Landtages Schleswig-Holstein (<http://www.landtag.ltsh.de>) abgerufen werden.

Da der Bund mit dem BauGB eine grundsätzlich abschließende Regelung des Städtebaurechts auf Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht getroffen hat, kann ein durch Landesgesetz geregeltes Ziel der Raumordnung auch nicht als nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG einer Genehmigung entgegenstehende andere öffentlich-rechtliche Vorschrift umgedeutet werden, da es sich bei diesem Verständnis um eine bodenrechtliche Regelung handeln würde, für die außerhalb von Öffnungsklauseln eine Gesetzgebungskompetenz des Landes nicht besteht.

ten Belange festzustellen und entsprechend ihrer Bedeutung zu gewichten sind. In einem zweiten Schritt sind diese festgestellten und gewichteten Belange umfassend nach dem Prinzip des schonenden Ausgleichs gegeneinander und untereinander abzuwägen.⁷⁶ Nur auf Basis einer umfassenden Abwägung kann sowohl dem möglicherweise betroffenen Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) der Grundstückseigentümer als auch der kommunalen Planungshoheit (Art. 28 Abs. 1 GG) hinreichend Rechnung getragen werden.⁷⁷ Diese – bei einer landesweiten Planungsentscheidung – sehr umfangreichen Feststellungen, Gewichtungen und Abwägungen im Einzelnen sind grundsätzlich von der Exekutive vorzunehmen.

Zur Frage der Möglichkeit einer planerischen Abwägungsentscheidung durch den Gesetzgeber hat sich das Bundesverfassungsgericht bereits in einer Entscheidung geäußert.⁷⁸ Nach diesem Beschluss ist zwar die Zuständigkeit für detaillierte (Fach)Planungsentscheidungen nicht eindeutig der Exekutive zugeordnet.⁷⁹ Vielmehr können Planungsentscheidungen auch durch den Gesetzgeber in der Form eines Parlamentsgesetzes erfolgen. Jedoch ist eine solche Planung durch Gesetz nur unter besonderen Voraussetzungen möglich:

- Zum einen muss die Exekutive, die über die notwendige Erfahrung mit Planungsentscheidungen und den notwendigen Behördenapparat und Sachverstand verfügt, die gesetzgeberische Abwägungsentscheidung maßgebend vorbereiten und
- zum anderen darf das Parlament eine solche Entscheidung nur treffen, wenn im Einzelfall gute Gründe bestehen.⁸⁰

Diese besonderen Voraussetzungen sah das Gericht im damals entschiedenen Fall als gegeben an. Es ging um ein wichtiges Eisenbahninfrastrukturprojekt, das zur weiteren Entwicklung der neuen Länder und zum Anschluss der Bundeshauptstadt Berlin an das

⁷⁶ Zu dieser Vorgehensweise beim Abwägungsprozess siehe z.B. *Spannowsky*, in: *Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG*, 2010, § 9 Rn. 75.

⁷⁷ Siehe hierzu das Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dez. 1969, Az. IV C 105.66, juris, Rn. 38 ff., sowie das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages Schleswig-Holstein (Fn. 75), S. 4 f. und S. 9 ff. m.w.N.

⁷⁸ Beschl. vom 17. Juli 1996, Az. 2 BvF 2/93, juris („Südumfahrung Stendal“).

⁷⁹ Siehe BVerfG (Fn. 78), Rn. 47 ff.

⁸⁰ So BVerfG (Fn. 78), Rn. 51 (zu den „guten Gründen“) und Rn. 47 zur Notwendigkeit der Vorbereitung durch die Exekutive.

Schnellfahrnetz der Bahn dienen sollte und dringlich zu realisieren war.⁸¹ Solche „guten Gründe“ sind bei der Planung⁸² von Mindestabständen von Windenergieanlagen zu Siedlungsgebieten nicht ersichtlich. Es handelt sich um eine Standardaufgabe der Träger der Landes- und Regionalplanung bzw. der kommunalen Bauleitplanung. Die relevanten Gesichtspunkte sind inzwischen durch die Gerichte geklärt. Einer besonders eiligen Entscheidung des Gesetzgebers, die im Übrigen auch die Möglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes der Betroffenen erheblich verkürzt,⁸³ bedarf es daher in solchen Fällen nicht.

b) Regelung in einem Landesentwicklungsplan

Landesentwicklungspläne kann die Landesregierung unter Beachtung der engen Vorgaben des Landesplanungsvertrages⁸⁴ ändern, ohne dass es eines korrespondierenden Rechtsaktes des Landes Berlin bedarf, wie dies bei einem Vertragsgesetz notwendig ist. Da Landesentwicklungspläne Raumordnungspläne im Sinne des ROG sind, können dort im Einklang mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG Ziele der Raumordnung festgesetzt werden. Insbesondere ist es möglich, in einem landesweiten Plan als Ziel der Raumplanung verbindliche Vorgaben zu Mindestabständen für Gebietsfestsetzungen nach § 8 Abs. 7 ROG in Regionalplänen oder entsprechenden sachlichen Teilplänen zu machen.

In der Rechtsprechung ist inzwischen die Festlegung eines Mindestabstandes von 1000 Metern zu aktuellen oder zu geplanten Siedlungsgebieten für solche Gebiete nach § 8

⁸¹ So BVerfG (Fn. 78), Rn. 59 ff.

Es ging um die sehr umstrittene Frage der Umfahrung der Stadt Stendal im Rahmen eines Eisenbahnverkehrsinfrastrukturprojektes (Neu- und Ausbaustrecke Berlin-Hannover) als Bestandteil der „Verkehrsprojekte Deutsche Einheit“. Das Gericht sah ohne die Möglichkeit einer Planung in einem Gesetz die Gefahr von erheblichen Zeitverzögerungen bei der Realisierung dieses im Übrigen durch Planfeststellungsbeschlüsse genehmigten und schon in der Realisierungsphase befindlichen Projekts.

⁸² Vorliegend kommt von vornherein nur eine raumordnerische Planungsentscheidung des Landesgesetzgebers in Betracht, nicht jedoch die Schaffung einer gesetzlichen Regelung des Städtebaurechts. Denn die Länder können zwar für ihr Gebiet raumordnerisch planend tätig werden, mangels Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht jedoch keine landesspezifischen Regelungen des Städtebaurechts schaffen, siehe auch Fn. 75.

⁸³ Formelle Gesetze können anders als Rechtsverordnungen und Satzungen von den Verwaltungsgerichten nicht selbst verworfen werden. Zu einem Verbot einer Regelung durch Parlamentsgesetz unter diesem Aspekt siehe BVerfG, Beschl. vom 30. Juni 2015, Az. 2 BvR 1282/11, juris.

⁸⁴ Siehe unter B. III. 1. b ee.

Abs. 7 ROG anerkannt.⁸⁵ Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein umfassendes Planungskonzept⁸⁶ vorliegt, das insbesondere vermeidet, dass die Zielvorgaben zu einer Verhinderungsplanung führen.⁸⁷

Die vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof geprüfte und für sachgerecht erachtete Änderung des Landesentwicklungsplans für das Land Hessen enthielt folgende Ziele (Z) und Grundsätze (G) der Raumordnung:

„Nr. 3.1

Z 1 Für Räume mit ausreichenden natürlichen Windverhältnissen sind in den Regionalplänen 'Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie' mit Ausschluss des übrigen Planungsraums für die Errichtung von Windenergieanlagen festzulegen.

G 1 Diese Gebiete sollen grundsätzlich in der Größenordnung von 2 % der Fläche der Planungsregionen festgelegt werden.

Z 2 Die Errichtung von Kleinwindanlagen soll in Vorranggebieten Siedlung sowie in den Vorranggebieten Industrie und Gewerbe in den Planungskategorien Bestand und Planung erfolgen.“

In Nr. 3.2 der LEP-Änderung 2013 (Kriterien für die Ermittlung der Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie) wird Folgendes festgelegt:

„Z 3 Die Festlegung der 'Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie' hat auf der Grundlage eines planerischen Konzepts zu erfolgen, für das die nachfolgend aufgeführten Kriterien maßgeblich sind:

a) Zur Erfüllung der Vorgabe (Z 1) sollen die Gebiete herangezogen werden, die durchschnittliche Windgeschwindigkeiten in 150 m Höhe über Grund von mindestens 5,75 m/s aufweisen; Standorte von Windenergieanlagen können auch bei nied-

⁸⁵ Siehe z.B. HessVGH Kassel, Urt. vom 23. Sept. 2015, Az. 4 C 358/14.N, juris, Rn. 45 ff.; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. vom 20. Mai 2015, Az. 3 K 18/12, juris, Rn. 39 ff.

⁸⁶ So auch OVG Berlin-Brandenburg (Fn. 69), Rn. 51.

⁸⁷ So ausdrücklich HessVGH (Fn. 85), Rn. 50, und BVerwG, Urt. vom 18. Aug. 2015, Az. 4 CN 7/14, juris, Rn. 9. Der HessVGH hat eine Verhinderungsplanung u.a. deshalb abgelehnt, weil im Gesamtkonzept ein Flächenanteil von 2 % der Fläche des Planungsgebietes für Windenergievorranggebiete vorgeschrieben war. Ähnlich sieht es auch das OVG Berlin-Brandenburg (Fn. 69, Rn. 51), das ausdrücklich auf die gesetzgeberische Leitentscheidung verweist, Windenergieanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich zu privilegieren.

rigeren durchschnittlichen Windgeschwindigkeiten für Repoweringmaßnahmen berücksichtigt werden;

b) zu bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten ist ein Mindestabstand von 1.000 m zu wahren; ...

g) bestehende Standorte für die Windenergienutzung sind für geeignete Repoweringmaßnahmen einzubeziehen; ...“

Ein solches umfassendes Regelungskonzept, das verschiedene Gesichtspunkte wie Mindestabstand, Vermeidung einer Verhinderungsplanung, Überlegungen zu Repowering, zur Mindestwindqualität etc. enthält, hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof in der erwähnten Entscheidung für rechtmäßig erachtet.⁸⁸

Kritischer dürfte eine rein isolierte generelle Festlegung eines Mindestabstandes von 1000 Metern von Windenergieanlagen zu Siedlungsgebieten zu sehen sein. Hier es könnte es ggf. an einem solchen Gesamtkonzept fehlen. Ob eine solche – generalisierende, aber gleichwohl umfassende und abschließende – Abwägung für das gesamte Landesgebiet auf der Ebene eines Landesentwicklungsplans möglich ist, erscheint zweifelhaft. Dies dürfte erst recht bei einer generellen Bemessung eines Abstandes von 10 H gelten, da dies bei den modernen neuen Windenergieanlagen zu Abständen von über 1500 oder sogar 2000 Metern führen würde und somit die konkrete Gefahr einer unzulässigen Verhinderungsplanung bestünde.⁸⁹

Im Rahmen der ohnehin notwendigen Überarbeitung des Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg (Art. 8 Abs. 5 LPIVG sieht eine Überarbeitung der gemeinsamen Landesentwicklungspläne nach 10 Jahren vor, der aktuelle Landesentwicklungsplan stammt unabhängig von der Neubekanntmachung inhaltlich aus dem Jahr 2007) könnten daher unter den vorgenannten Voraussetzungen nach umfassender und abschließender Abwägung Ziele der Raumordnung festgesetzt werden, die angemessene Mindestabstände von Ge-

⁸⁸ Insbesondere zur Zulässigkeit des Mindestabstandes von 1000 Metern und den hierzu in der Planbegründung angegebenen Abwägungsüberlegungen äußert sich das Gericht unter Rn. 48 f.

⁸⁹ Zur fehlenden Vergleichbarkeit einer solchen Festsetzung mit der bayerischen 10-H-Reglung siehe B. I. 2. b aa.

bieten im Sinne des § 8 Abs. 7 ROG, wie Windenergievorranggebieten als Kombinationsgebieten, zu Siedlungsflächen vorsehen.

IV. Zusammenfassung

1. Aufgrund der abschließenden bundesgesetzlichen Regelungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes können Landesgesetze keine Regelungen zu Abständen zwischen gewerblichen Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe über 50 Metern und der Wohnbebauung normieren, deren Regelungsziel primär der Schutz vor Lärm oder anderen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Schattenwurf, Infraschall, Discoeffekt) ist.
2. Aufgrund der abschließenden Regelung des Baugesetzbuches, das sich auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Bodenrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG stützt, können Landesgesetze außerhalb von Öffnungsklauseln keine Regelungen über Abstände zwischen Windkraftanlagen und der Wohnbebauung normieren, die primär bodenrechtlichen und damit städtebaulichen (bauplanungsrechtlichen) Zielen dienen. Wegen Ablaufs der Frist kann das Land von der Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB nicht mehr Gebrauch machen.
3. Landesgesetze können hingegen Regelungen über Abstände zwischen Windkraftanlagen und der Wohnbebauung vorsehen, die primär bauordnungsrechtliche Zielsetzungen verfolgen.
4. Keine bauordnungsrechtlichen, sondern bodenrechtliche Zielsetzungen liegen vor, wenn die Regelungen primär dazu dienen, konkurrierende Bodennutzungen und Bodenfunktionen zu koordinieren und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.
5. Die klassischen bauordnungsrechtlichen, das Nachbargrundstück schützenden Zielsetzungen des Abstandsflächenrechts, insbesondere die Gewährleistung von Sonne, Licht und Luft sowie die Sicherstellung eines ausreichender Sozialabstands und des Brand-schutzes, rechtfertigen keine bauordnungsrechtlichen Abstandsregelungen für Windkraftanlagen, die wesentlich über das bisher festgesetzte Maß hinausgehen.
6. Zweifelhaft ist, ob über die bisherigen Vorgaben hinausgehende Abstandsregelungen in der Bauordnung mit dem Regelungsziel des Schutzes der Wohnbebauung vor einer optisch bedrängenden Wirkung von Windkraftanlagen gerechtfertigt werden können. Denn Abstandsregelungen, die eine allgemeine oder höhenabhängige Entfernung zwischen Wohnbebauung und Windkraftanlagen vorsehen (z.B. 1000 Meter oder 10 H), sind mit der nachbarschutzrechtlichen Konzeption des Bauordnungsrechts nicht vereinbar. Zum einen

stellen solche Abstände keine Abstandsflächen dar, die auf dem Grundstück der jeweiligen Windkraftanlage liegen müssen. Zum anderen betreffen sie nicht lediglich das Nachbargrundstück, sondern die gesamte Umgebung der Windkraftanlage. Damit nähert sich eine solche Regelung bodenrechtlichen Zielsetzungen an.

7. Selbst wenn man eine Zuständigkeit des Landesgesetzgebers zur Schaffung von bauordnungsrechtlichen Regelungen zum Schutz der Umgebungsbebauung vor einer optisch bedrängenden Wirkung von Windkraftanlagen annimmt, können bauordnungsrechtliche Zielsetzungen keine wesentlich größeren Abstände rechtfertigen als das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme. Richtschnur für solche Regelungen ist daher ein Abstand von 3 H, ab dem nach der Rechtsprechung in der Regel kein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme aufgrund einer optisch bedrängenden Wirkung von Windkraftanlagen vorliegt.

8. Das Land hat grundsätzlich die Möglichkeit, Abstände zwischen Windkraftanlagen und Wohngebäuden bzw. zwischen Wohngebäuden und Gebieten nach § 8 Abs. 7 ROG, wie Vorrang- und/oder Eignungsgebieten, durch verbindliche landesplanerische Festsetzung zu regeln.

9. Eine solche Festsetzung kann wegen des grundsätzlichen Verbotes einer Planung durch Gesetz nicht durch formelles Parlamentsgesetz erfolgen. Eine Regelung durch Gesetz stünde zudem in Widerspruch zum Landesplanungsvertrag sowie zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG, wonach die Festsetzung von (verbindlichen und abschließend abgewogenen) Zielen der Raumordnung in Raumordnungsplänen erfolgt.

10. Ein solche Festsetzung kann jedoch als Ziel der Raumordnung in einem Landesentwicklungsplan normiert werden. Voraussetzung ist neben der Beachtung der Vorgaben des Landesplanungsvertrages zur Zusammenarbeit mit dem Land Berlin, dass eine umfassende Abwägung erfolgt, die insbesondere nicht zu einer Verhinderungsplanung führen darf.

11. Es ist fraglich, ob die landesplanerische Festsetzung eines allgemeinen Abstands zwischen Windkraftanlagen und Wohnbebauung einer umfassenden und abschließenden Abwägung zugänglich ist. Hingegen wurde in der Rechtsprechung die Festlegung eines Mindestabstandes von 1000 Metern zwischen Vorranggebieten (als Kombinationsgebieten) und Siedlungsgebieten als zulässig angesehen.

Anlage: Sonderregeln für Windkraftanlagen im Abstandsflächenrecht der Landesbauordnungen

Land	Regelungsort	Tiefe der Abstandsfläche	Bemessungsgrundlage
BW	§ 5 Abs. 4, 5 Nr. 3, Abs. 7 LBO	<ul style="list-style-type: none"> Es gelten im Allgemeinen 0,4 der Wandhöhe, in Kern-, Dorfgebieten und in besonderen Wohngebieten 0,2 der Wandhöhe und in Gewerbe- und Industriegebieten, sowie Sondergebieten, die nicht der Erholung dienen, 0,125 der Wandhöhe. Die Tiefe der Abstandsfläche muss mindestens der Länge des Rotorradius entsprechen. 	<ul style="list-style-type: none"> Auf die Wandhöhe wird die Höhe bis zur Rotorachse angerechnet. Die Wandhöhe wird senkrecht zur jeweiligen Wand gemessen.
MV	§ 6 Abs. 1 LBauO	Vor den Außenwänden von Gebäuden sind Abstandsflächen von oberirdischen Gebäuden freizuhalten. Dies gilt entsprechend für andere Anlagen, von denen Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen, gegenüber Gebäuden und Grundstücksgrenzen. Von solchen Anlagen sind Windkraftanlagen ausdrücklich ausgenommen.	
NW	§ 6 Abs. 10 BauO NRW	0,5 der größten Höhe als Kreis um den geometrischen Mittelpunkt des Mastes	größte Höhe bei Anlagen mit Horizontalachse: Höhe der Rotorachse über der geometrischen Mitte des Mastes zuzüglich des Rotorradius
RP	§ 8 Abs. 4, 6, 10 LBauO	<ul style="list-style-type: none"> Es gelten 0,4 H im Allgemeinen, in Gewerbe- und Industriegebieten 0,25 H, in Kerngebieten sowie in Sondergebieten, die nicht der Erholung dienen, kann eine geringere Tiefe als 0,4 H zugelassen werden, wenn die Nutzung der Gebiete dies rechtfertigt. In allen Fällen muss die Tiefe der Abstandsfläche jedoch mindestens 3 m betragen. Bei Windenergieanlagen in nicht bebauten Gebieten kann eine Tiefe der Abstandsfläche bis zu 0,25 H zugelassen werden, davon bleibt das Mindestmaß von 3 m unberührt. 	Die Wandhöhe (H) wird senkrecht zur Wand gemessen.

SL	§ 7 Abs. 8 LBO	<ul style="list-style-type: none"> • 0,25 der größten Höhe im Außenbereich oder in Sondergebieten und im Übrigen 0,4 der größten Höhe, gemessen ab dem geometrischen Mittelpunkt des Mastes • mindestens jedoch 3 Meter gemessen vom äußeren Rand der vom Rotor bestrichenen Fläche 	größte Höhe bei: 1. Anlagen mit Horizontalachse: Höhe der Rotorachse über der geometrischen Mitte des Mastes zuzüglich des Rotorradius 2. Anlagen mit Vertikalachse: Gesamtlänge von Mast und Rotorachse
ST	§ 6 Abs. 8 BauO	<ul style="list-style-type: none"> • größte Höhe der Anlage • Abweichend hiervon beträgt beim Repowering im Sinne des § 2a Nr. 16 Buchst. b des Landesplanungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt ab dem 1. September 2013 die Tiefe der Abstandsflächen 0,4 der größten Höhe, mindestens jedoch 3 m. 	größte Höhe bei Anlagen mit Horizontalachse: Höhe der Rotorachse über der Geländeoberfläche in der geometrischen Mitte des Mastes zuzüglich des Rotorradius